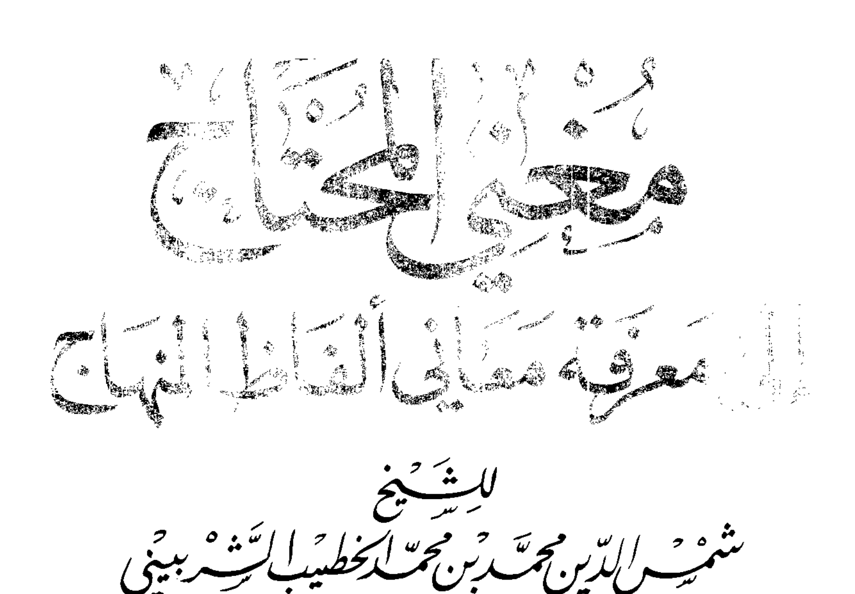


دراسة وتحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض　　الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

قدم له وقرظه

الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل
كلية الدراسات - جامعة الأزهر

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية

الفرائض، الوصايا، الوديعة، قسم الفيء والغنيمة، قسم الصدقات، النكاح، الصداق، القسم والنشوز، الخلع، الطلاق

محمد علي بيضون
لنشر كتب السنة والجماعة
دار الكتب العلمية



١٤٢١ هـ ـ ٢٠٠٠ م

دار الكتب العلمية
بيروت ـ لبنان
رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ ـ ٣٦٦١٣٥ ـ ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤ . ١١ بيروت ـ لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg., 1st Floor
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1ére Étage
Tel. & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36.61.35 - 36.43.98
B.P. : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3118-4
9782745131188 90000>

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الفَرَائِضِ

كِتَابُ الفَرَائِضِ (١)

(١) لأهمية الفرائض بيّنها الله في كتابه العزيز مخصصة بحكمته على حسب ما علمه من المصالح لعباده. لا على حسب رغباتهم السيئة وميولهم الخبيثة. بل مما بحكمه ما كانوا عليه من عمى في جاهليتهم، وأدحض ما ساروا عليه من ضلالالتهم. .

وذلك أن الناس قبل الإسلام عربهم وعجمهم يرون جميعاً أن أحق الناس بمال الميت أقاربه وأرحامه، وكان لهم في ذلك اختلاف كثير.

وكان أهل الجاهلية يورثون الرجال دون النساء والكبار دون الصغار، ويقولون: لا يأخذ أموالنا من لا يركب الفرس ولا يضرب بالسيف، وأما الرجال فيرون أنهم هم القائمون بالبيضة، وهم الذابون عن الذمار فهم أحق بتركة الميت من بعده، فلو تركهم الله وشأنهم لمالوا مع من شاءوا. فاقتضت حكمته أن يمحو تلك الضلالات تدريجياً حتى لا تتعاصى نفوسهم عن الانقياد، فإن نزع العادة على النفس دفعة واحدة أشق، فأوجب عليهم أولاً الوصية للأقربين قال تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين. . .﴾ الآية. من غير تعيين ولا توقيت بل فوض الأمر إليهم في التخصيص لتطمئن نفوسهم، وتنكسر سورة غضبهم، فيخصص كل منهم حسبما يرى من المصلحة. . . فمنهم من ينصره أحد أخويه دون الآخر، ومنهم من ينصره والده دون ولده، وعلى هذا القياس.

وكان إذا ظهر من موص جور في التخصيص جاز للقضاة أن يصلحوا وصيته ويغيروا فيها، واستمر الحكم على ذلك مدة.

ولما ظهرت أنوار الإسلام وانبعثت في الآفاق، ورسخ في قلوبهم انتقل سبحانه وتعالى بهم إلى ما هو أضمن لمصالحهم، وأحفظ لمودتهم، فلم يجعل الخيرة لهم ولا إلى القضاة من بعدهم بل جعله على المظان الغالبية في علمه من عادات العرب والعجم وغيرهم مما هو كالأمر الجبلي، ومخالفه كالشاذ النادر فقال تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين. . .﴾ الآيات.

وقال تعالى: ﴿لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً﴾.

فنبه سبحانه بافتتاحه الآيات بلفظ الوصية على وجوب استئصال ما كانوا عليه واجتثاث بذوره من أصله، وجعل الصغار مع الكبار نصيباً، وكذا للإناث مع الذكور. ولا غرو إن كان هذا الحكم مما تحار العقول في حسن ما انطوى عليه من الحكم البالغة فسوى بين الصغير والكبير، لأن الصغير إلى المال والإعانة أحوج، ونظر إلى الإناث لضعفهن وترغيباً في نكاحهن، غير أن حكمته اقتضت امتياز الذكر على الأنثى بجعل نصيبه ضعف نصيبها لأن الذكر ذو حاجتين حاجة لنفسه وحاجة لعياله والأنثى ذات حاجة واحدة، وأيضاً فإن =

أي مسائل قسمة المواريث، جمع فريضة بمعنى مفروضة: أي مقدرة لما فيها من

= الرجل أكمل حالاً من المرأة في الخلقة وفي المناصب الدينية مثل صلاحيته للقضاء دونها والإمامة، وشهادتها فيما تقبل فيه على النصف من شهادة الرجل، فلذلك استحق أن يكون نصيبه، في الميراث أكثر.

أضف إلى ذلك قلة عقلها وكثرة شهوتها مما إذا انضم إليه المال الكثير عظم الفساد.

قال تعالى: ﴿إن الإنسان ليطغى أن رآه استغنى﴾.

وقال الشاعر:

«إن الشباب والفراغ والجدة مفسدة للمرء أي مفسدة»

أما الرجل فلكمال عقله يصرف المال فيما يفيده المدح الجميل في الدنيا والثواب الجزيل في الآخرة، كبناء الرباطات وإغاثة الملهوفين، والنفقة على الأرامل والأيتام، وذلك لأنه يخالط الناس كثيراً، أما المرأة فلقلة اختلاطها لا تقدر على ذلك غالباً.

وعلى الجملة فالتوارث يدور على معان ثلاثة:

أولها: القيام مقام الميت في شرفه ومنصبه وما هو من هذا الباب.

ثانيها: الرفق والحدب عليه والخدمة والمواساة.

ثالثها: القرابة المتضمنة هذين المعنيين معاً.

أما المعنى الأول فمظنته من يدخل في عمود النسب كالأب، والجد، والابن، وابن الابن، والإخوة، ومن في معناهم ممن هم كالعضد، ومن قوم المرء وأهل نسبه وشرفه.

وأما المعنى الثاني فمظنته ذات القرابة القريبة، والأحق به الأم والبنت ومن في معناهما ممن يدخل في عمود النسب، وكذلك الأخت، ويوجد معنى الرفق والحدب في النساء كاملاً.

وأما الثالث فمظنته على وجه الكمال من يدخل في عمود النسب كالأب والجد والابن وابن الابن، فهؤلاء أحق الورثة بالميراث، فلذلك يفضل هذا النوع على الأوليين قبله، لأن الناس جميعاً عربهم وعجمهم يرون إخراج منصب الرجل وثروته من قوم إلى قوم آخرين جوراً وظلماً.

هذا ولا يضر تحقيق معنيين من المعاني الثلاثة السابقة في شخص واحد أو تحققها كلها فيه، فإن ترتيبها على هذا الوجه لبيان من توفر فيه المعنى بوجه الكمال، وكما أن الأب يقوم مقام الابن في الشرف وغيره كذلك الابن يقوم مقام أبيه، إلا أن قيام الابن مقام أبيه هو الوضع الطبعي الذي عليه بناء العالم من انقراض قرن وقيام القرن الثاني مقامه.

فهو الذي يرجونه ويتوقعونه ولو أن الرجل خير في ماله لكانت مواساة ولده أملك لقلبه من مواساة والده، فلذلك جاءت الشريعة الغراء بتفضيل الأبناء على الآباء، وأيضاً فإن الوالدين ما بقي من عمرهما إلا القليل غالباً فكان احتياجهما إلى المال قليلاً. أما الأولاد فهم في زمن الصبا فكان احتياجهم إلى المال كثيراً...

هذا وليس تفضيل الذكور على الإناث للمعنى السابق مطرداً بل يستثنى الإخوة لأم، فإن نصيبي الذكر والأنثى منهم متساويان كما أنه لا يزاد نصيبهم وإن كثروا على الثلث عند التعدد؛ لأن الرجال منهم قَلَّ أن يقوموا بحماية البيضة والذب عن الذمار، ولا يتحقق فيهم معنى القيام مقام أخيهم من أمهم في المنصب والشرف كاملاً، فقد يكون الرجل من عائلة وأخوه لأمه من عائلة أخرى، وقد تقوم خصومة بين العائلتين فينصر كلا الأخوين عائلته على الأخرى، ولا يرى الناس قيامه مقام أخيه عدلاً ولائقاً، لأنه من قوم آخرين.

وأيضاً فإن قرابتهم متشعبة من الأم فكأنهم جميعاً إناث.

هذا. وإذا اجتمع جماعة من الورثة فإما أن يكون في مرتبة واحدة، وإما أن يكونوا في منازل شتى، والثاني: إما أن يعمهم اسم واحد وجهة واحدة، أو تكون أسمائهم وجهاتهم مختلفة.

فالقسم الأول: يجب أن يوزع عليهم لمساواتهم في المرتبة والدرجة، فلا سبيل لتميز واحد عن =

السهام المقدرة فغلبت على غيرها وإنما اقتصر المصنف في الترجمة على الفرائض؛ لأنه أراد بها مسائل قسمة المواريث كما قدرته الصادقة بالفرض والتعصيب إرادة للتغليب، والفرض لغة التقدير. قال تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي قدرتم، وأتى بمعنى القطع. قال تعالى: ﴿نَصِيباً مَفْرُوضاً﴾ [النساء: ٧] أي مقطوعاً محدوداً، وبمعنى الإنزال. قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِي فَرَضَ عَلَيْكَ الْقُرْآنَ﴾ [القصص: ٨٥] أي أنزله، وبمعنى التبيين. قال تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] أي بين، وبمعنى الإحلال. قال تعالى: ﴿مَا كَانَ عَلَى النَّبِيِّ مِنْ حَرَجٍ فِيمَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ﴾ [الأحزاب: ٣٨] أي أحل، وبمعنى العطاء: تقول العرب: لا أصبت منه فرضاً ولا قرضاً. ولما كان علم الفرائض مشتملاً على هذه المعاني الستة لما فيه من السهام المقدرة والمقادير المقتطعة والعطاء المجرد وتبيين الله تعالى لكل وارث نصيبه وإحلاله وإنزاله سمي بذلك. وشرعاً هنا نصيب مقدر شرعاً للوارث. والأصل في الفرائض آيات المواريث والأخبار الآتية كخبر الصحيحين: «أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»(١) فإن قيل: ما فائدة ذِكْرِ ذَكَرٍ بعد رجل؟ أجيب بأنه للتأكيد لئلا يتوهم أنه

= صاحبه، ولا لاختصاص واحد دون الآخر بل هم في المعنى سواء.

وأما القسم الثاني: وهو ما إذا كانوا في منازل شتى وعمهم اسم واحد وجهة واحدة، فالأقرب منهم يحجب الأبعد حرماناً.

وذلك أن التوارث إنما شرع حثاً على التعاون وشد العرى والمناصرة والمؤازرة، ولكل قرابة وتعاون كالرفق فيمن يعمهم اسم الأم، والقيام مقام الأب فيمن يعمهم اسم الابن، والذب عنه فيمن يعمهم اسم العصوبة.

ولا شك أنها في الأقرب أقوى، فلذلك هو الذي يلام على تركه المؤازرة أشد اللوم، ولذا كان هو بالميراث أحق.

أما القسم الثالث: فالأقرب والأنفع فيما علمه الله يحجب الأبعد نقصاناً، وإنما ورث الزوج زوجته وورثته هي أيضاً مع أنه لا يتحقق فيهما واحد من المعاني السابقة كاملاً كما لم تشملهما آية: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ بطريق إلحاقهما بذوي الأرحام الذين تحقق فيهم أحد تلك المعاني - لوجوه -:

منها: «أ» أن الزوجة ربما تلد من زوجها أولاداً هم من قوم الرجل لا محالة ومحل نسبه ومنصبه، ومعلوم أن اتصال الولد بأمه لا ينقطع أبداً، فمن هذه الوجهة تصير الزوجة بمنزلة ذوي الأرحام، فتستحق في الميراث الربع أو الثمن، وأما الزوج فله ضعف نصيبها جرياً على القاعدة المتقدمة.

وكما أن الزوج له رابطة خاصة بالإنفاق عليها واستيداعه ماله عندها، ولأنه يأمنها على ما يملك حتى يخيل من شدة العلاقة أن جميع ما تركته أو بعضه هو حقه في الواقع فكان إخراج المال من يده شاقاً على نفسه، فعالج الشرع هذا الداء بأن فرض له الربع أو النصف ليكون جابراً لقلبه كاسراً لسورة غضبه، وأيضاً فإن إلحاقهما بمن تقدم كان رأفة من الله ورحمة بعباده سبحانه هو الرءوف الرحيم.

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي (١١٢٧) وعبد الرزاق في المصنف (١٦٣٠٦) وأحمد في المسند ٥/٧ وأبو داود ٣/٢٩٠ (٢٨٧٠) والترمذي ٤/٤٣٢ (٢١٢٠) وابن ماجة ٢/٩٠٥ (٢٧١٣) والطبراني في الكبير ٨/١٥٩ (٧٦١٥) والبيهقي في السنن ٦/٢٦٤.

مقابل للصبي، بل المراد أنه مقابل الأنثى. فإن قيل: لو اقتصر على ذكر رجل كفى، فما فائدة ذكر رجل معه؟ أجيب بأنه لا يتوهم أنه عام مخصوص، وكان في الجاهلية مواريث كانوا يورثون الرجال دون النساء والكبار دون الصغار وكانوا يجعلون حظ الزوجة أن ينفق عليها من مال الزوج سنة ويورثون الأخ زوجة أخيه وكان في ابتداء الإسلام بالحلف والنصرة فيقول: ذمتي ذمتك ترثني وأرثك ثم نسخ فتوارثوا بالإسلام والهجرة ثم نسخ، وكانت الوصية واجبة للوالدين والأقربين ثم نسخ بآيتي المواريث آية الشتاء التي في أول النساء وآية الصيف التي في آخرها، فلما نزلت قال ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[1] واشتهرت الأخبار بالحث على تعليمها وتعلمها منها «تَعَلَّمُوا الفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهُ أي علم الفرائض، وروى «وَعَلِّمُوهَا - أي الفرائض - النَّاسَ فَإِنِّي آمْرُؤٌ مَقْبُوضٌ وَإِنَّ العِلْمَ سَيُقْبَضُ وَتَظْهَرُ الفِتَنُ حَتَّى يَخْتَلِفَ آثْنَانِ فِي الفَرِيضَةِ فَلَا يَجِدَانِ مَنْ يَقْضِي بَيْنَهُمَا» رواه الحاكم وصحح إسناده، ومنها «تَعَلَّمُوا آلْفَرَائِضَ فَإِنَّهُ مِنْ دِينِكُمْ وَإِنَّهُ نِصْفُ العِلْمِ وَإِنَّهُ أَوَّلُ عِلْمٍ يَنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي» رواه ابن ماجه والحاكم والبيهقي وقال: تفرد به حفص بن عمر وليس بالقوي قال الماوردي: وإنما حثهم على تعلمه لقرب عهدهم بغير هذا التوارث أي وهو التوارث المتقدم واختلف العلماء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام: «فَإِنَّهُ نِصْفُ العِلْمِ» على أقوال أحسنها أنه باعتبار الحال، فإن حال الناس اثنان حياة ووفاة، فالفرائض تتعلق بحال الوفاة، وسائر العلوم تتعلق بحال الحياة. وقيل النصف بمعنى الصنف. قال الشاعر:

إِذَا مِتُّ كَانَ النَّاسُ نِصْفَانِ شَامِتٌ وَآخَرُ مُثْنٍ بِالَّذِي كُنْتُ أَصْنَعُ

وقيل: إن العلم يستفاد بالنصّ تارة وبالقياس أخرى، وعلم الفرائض مستفاد من النصّ، وقيل غير ذلك، وقال عمر رضي الله تعالى عنه: إذا تحدّثتم فتحدّثوا في الفرائض وإذا لهوتم فالهوا في الرمي، واشتهر من الصحابة رضي الله تعالى عنهم بعلم الفرائض أربعة: عليّ، وابن عباس، وزيد، وابن مسعود، ولم يتفق هؤلاء في مسألة إلا وافقتهم الأمة وما اختلفوا إلا وقعوا فرادى ثلاثة في جانب وواحد في جانب، واختار الشافعي رضي الله تعالى عنه مذهب زيد، لأنه أقرب إلى القياس، لقوله ﷺ: «أَفْرَضُكُمْ زَيْدٌ»[2]، وعن القفال أن زيداً لم يهجر له قول بل جميع أقواله معمول بها بخلاف غيره، ومعنى اختياره لمذهبه أنه نظر في أدلته فوجدها مستقيمة فعمل بها لا أنه قلده كما قاله ابن الرفعة في مطلبه، لأن المجتهد لا يقلد مجتهداً، وذكرت في شرح التنبيه أنه اجتمع في اسم زيد أصول الفرائض وغالب قواعدها، وعرف

(١) أخرجه البيهقي ٦/٢٠٨ والدارمي ١/٧٣ والحاكم في المستدرك ٤/٣٣٢ وبنحوه عند ابن ماجة (٢٧١٩) والخطيب في التاريخ ١٢/٩٠.

(٢) أخرجه الترمذي ٥/٦٦٥ في المناقب (٣٧٩١).
وأخرجه ابن ماجة ١/٥٥ في المقدمة (١٥٤).
وأخرجه الحاكم ٣/٤٢٢ في معرفة الصحابة.
وأورده الهيثمي في موارد الظمآن ص ٥٤٨ في المناقب (٢٢١٨).

يُبْدَأُ مِنْ تَرِكَةِ المَيِّتِ بِمُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ ثُمَّ تُقْضَى دُيُونُهُ ثُمَّ وَصَايَاهُ مِنْ ثُلُثِ الْبَاقِي،

بعضهم علم الفرائض بأنه الفقه المتعلق بالإرث ومعرفة الحساب الموصل إلى معرفة ذلك ومعرفة قدر الواجب من التركة لكلّ ذي حق، فخرج بالإرث العلم المتعلق بالصلاة مثلاً فلا يسمى علم الفرائض، وعلم الفرائض يحتاج كما نقله القاضي عن الأصحاب إلى ثلاثة علوم: علم الفتوى بأن يعلم نصيب كلّ وارث من التركة، وعلم النسب بأن يعلم الوارث من الميت بالنسب وكيفية انتسابه للميت، وعلم الحساب بأن يعلم من أيّ حساب تخرج المسألة،وحقيقة مطلق الحساب أنه علم بكيفية التصرف في عدد لاستخراج مجهول من معلوم (يبدأ) وجوباً (من تركه الميت) وهي ما يخلفه فتصدق بما تركه من خمر صار خلاً بعد موته ومن شبكة نصبها فوقع فيها بعد موته صيد فيورث ذلك عنه، وكذلك الدية المأخوذة في قتله بناء على الأصحّ من دخولها في ملكه قبيل موته كما قاله الزركشي، ونظر بعضهم في الصورة الثانية فالتعبير بالتركة أولى من التعبير بالمال المتخلف، وعلق بيبدأ قوله: (بمؤنة تجهيزه) بالمعروف بحسب يساره وإعساره، ولا عبرة بما كان عليه في حياته من إسرافه وتقتيره، وهي ما يحتاج إليه الميت من كفن وحنوط وأجرة تغسيل وحفر وغير ذلك لقوله ﷺ في الَّذِي وَقَصَتْهُ نَاقَتُهُ: «كَفِّنُوهُ فِي ثَوْبَيْهِ»(١) ولم يسأل هل عليه دين أولا لاحتياجه إلى ذلك كما تقدّم حاجته من ملبس وقوت يوم القسمة على حقوق الغرماء، وإنما يدفع للوارث ما يستغني عنه المورث، ولأنه إذا كان يترك للحيّ عند فلسه دست ثوب يليق به فالميت أولى أن يستر ويوارى، لأن الحي يعالج ويسعى لنفسه، والميت قد انقطع علاجه وسعيه بموته، ويبدأ أيضاً بمؤنة تجهيز من على الميت مؤنته إن كان مات في حياته كما في الروضة في الفلس عن نصّ الشافعي واتفاق الأصحاب، ويستثنى من إطلاق المصنف المرأة المزوّجة وخادمها فتجهيزها على زوج، غني عليه نفقتهما كما مرّ في الجنائز، وكالزوجة البائن الحامل (ثم تقضي) منها (ديونه) المتعلقة بذمته من رأس المال، سواء أذن الميت في ذلك أم لا لزمته لله تعالى أم لآدميّ، لأنها حقوق واجبة عليه، ويقدّم دين الله تعالى كالزكاة والكفارة والحج على دين الآدمي في الأصح. أما المتعلقة بعين التركة فستأتي (ثم) تنفذ (وصاياه) وما ألحق بها من عتق علق بالموت وتبرّع نجز في مرض الموت أو ألحق به لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢] (من ثلث الباقي) بعد إخراج دينه كما نبه عليه المصنف بثمّ، وحكى القرطبي في تفسيره الإجماع عليه. فإن قيل: ما الحكمة في تقديم الوصية في الآية على الدين مع أنه مقدّم. أجيب بأن الوصية لما أشبهت الميراث في كونها بلا عوض كان في إخراجها مشقة على الوارث فقدّمت حثاً على إخراجها، ولأن الوصية غالباً تكون لضعاف فقوي جانبها بالتقديم في الذكر لئلا يطمع فيها ويتساهل بخلاف الدين، فإن فيه من

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٢٣٨) والبيهقي في السنن ٣٩١/٣ والطبراني في الكبير ٢٤/١٢ وأحمد في المسند ٣٣٣/١.

ثُمَّ يُقْسَمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَثَةِ. قُلْتُ: فَإِنْ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ التَّرِكَةِ حَقٌّ كَالزَّكَاةِ وَالْجَانِي وَالْمَرْهُونِ وَالْمَبِيعِ إِذَا مَاتَ الْمُشْتَرِي مُفْلِساً قُدِّمَ عَلَى مُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَأَسْبَابُ الْإِرْثِ أَرْبَعَةٌ: قَرَابَةٌ و

القوّة ما يغنيه عن التقوية بذلك.

تنبيه: قول المصنف: من ثلث الباقي قد يوهم أنه لو استغرق الدين التركة لم تنفذ الوصية ولم يحكم بانعقادها حتى لو تبرع متبرع بقضاء الدين أو أبرأه المستحق منه لا تنفذ الوصية حينئذ وليس مراداً بل يحكم بانعقادها وتنفذ حينئذ كما ذكره الرافعي في باب الوصية. فإن قيل: الوصية في الآية مطلقة فلماذا اعتبرت من الثلث؟. أجيب بأنها قيدت بالسنة في قوله ﷺ: «الثلث والثلث كثير» **(ثم يقسم الباقي)** من التركة **(بين الورثة)** على ما يأتي بيانه.

تنبيه: قد يوهم كلامه أن الملك لا ينتقل للوارث إلا بعد وفاء الدين والوصية وليس مراداً، بل الملك في الجميع ينتقل للوارث بمجرد الموت على الأصح لأن الأصح إن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث، وإنما يمنع التصرّف فتكون التركة بكمالها كالمرهونة بالدين وإن قل، وكما تورث الأموال تورث الحقوق، وضبطه المتولي: بكل حق لازم تعلق بالمال كحق الخيار والشفعة بخلاف حق الرجوع في الهبة واعترضه المصنف في المجموع بأنه غير جامع لخروج أشياء منه كحد القذف والقصاص والنجاسات المنتفع بها كالكلب والسرجين وجلد الميتة **(قلت)** كالرافعي في الشرح **(فإن تعلق بعين التركة حق كالزكاة)** أي كالمال الذي وجبت فيه لأنه كالمرهون بها **(والجاني)** لتعلق أرش الجناية برقبته **(والمرهون)** لتعلق حق المرتهن به **(والمبيع)** بثمن في الذمة **(إذا مات المشتري مفلساً)** بثمنه ولم يتعلق بالمبيع حق لازم ككتابة سواء أحجر على المشتري قبل موته أم لا لتعلق حق فسخ البائع به **(قدم)** ذلك الحق **(على مؤنة تجهيزه)** وتجهيز مؤنه **(والله أعلم)** تقديماً لحق صاحب التعلق على حقه كما في حال الحياة، وليست صورة التعلق منحصرة في المذكورات كما أشار إليه بالكاف في أولها، والحاصر لها التعلق بالعين، فمنها ما إذا مات رب المال قبل قسمة مال القراض فإن حق العامل يقدم على مؤنة التجهيز لتصريحهم هناك بأن حقه يتعلق بالعين فإذا أتلفه المالك إلا قدر حصة العامل ومات ولم يترك غيره تعين للعامل، ومنها المكاتب إذا أدى نجوم الكتابة ومات سيده قبل الإعتاق والمال أو بعضه باق كما سيأتي في بابه، ومنها المعتدة عن الوفاة بالحمل سكناها مقدم على التجهيز وذكرت صوراً أخرى مع نظم فيها مع إشكال للسبكي في صورتي الزكاة ومبيع المفلس والجواب عنه في شرح التنبيه. واعلم أن الإرث يتوقف على ثلاثة أمور: وجود أسبابه وشروطه وانتفاء موانعه وقد شرع المصنف في بيان الأمر الأوّل فقال: **(وأسباب الإرث)** باستقراء أدلة الشرع **(أربعة)** فلا إرث بغيرها من مؤاخاة وغيرها مما مرّ. أولها **(قرابة)** وهي الرحم فيرث بها بعض الأقارب من بعض في فرض وتعصيب على ما يأتي تفصيله **(و)**

نِكَاحٌ وَوَلاءٌ فَيَرِثُ المُعْتِقُ الْعَتِيقَ وَلاَ عَكْسَ، وَالرَّابِعُ الإِسْلاَمُ فَتُصْرَفُ التَّرِكَةُ لِبَيْتِ المَالِ إِرْثاً إِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ بِالأَسْبَابِ الثَّلاَثَةِ،

ثانيها **(نكاح)** صحيح ولو بلا وطء فيرث به كل من الزوجين الآخر في فرض فقط **(و)** ثالثها **(ولاء)** وهي عصوبة سببها نعمة المعتق مباشرة أو سراية أو شرعاً كعتق أصله وفرعه كما سيأتي في محله فيرث به المعتق في تعصيب فقط. أما القرابة والنكاح فللآية. وأما الولاء فلقوله ﷺ: «الـوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[1] صححه ابن حبان والحاكم، شبه الولاء بالنسب، والنسب يورث به فكذا الولاء **(فيرث المعتق العتيق)** للخبر السابق **(ولا عكس)** أي لا يرث العتيق المعتق حيث تمحض كونه عتيقاً وإلا فقد يتصوّر الإرث بالولاء من الطرفين في مسألتين:

إحداهما: إذا أعتق ذميّ ذمياً ثم استلحق السيد بدار الحرب فاسترقه عتيقه ثم أعتقه ثم أسلما فكل منهما عتيق الآخر ومعتقه فيثبت لكل منهما الولاء على الآخر مباشرة فيتوارثان.

الثانية: أعتق شخص عبداً فاشترى العتيق أبا معتقه فأعتقه ثبت لكل منهما الولاء على الآخر السيد بالمباشرة والعتيق بالسراية، وهذا مما يلغز به فيقال: لنا شخصان لكل منهما الولاء على الآخر، وقد يختص التوارث بأحد الجانبين في القرابة أيضاً كابن الأخ يرث عمته ولا عكس، ولما كانت الأسباب الثلاثة خاصة لم يفرد كلاً منها بالذكر، ولما كان الرابع عاماً أفرده، فقال **(والرابع الإسلام)** أي جهته فإنها الوارثة كالنسب لا المسلمون بدليل ما لو أوصى بثلث ماله للمسلمين ولا وارث له فإنها تصحّ، ولو كان الورثة هم المسلمون لم تصحّ، فلما صحت دلت على أن الوارث الجهة **(فتصرف التركة)** أي تركة المسلم أو باقيها كما سيأتي **(لبيت المال)** لا مصلحة كما قيل بل **(إرثاً)** للمسلمين عصوبة **(إذا لم يكن وارث بالأسباب الثلاثة)** المتقدمة أو كان ولم يستغرق لقوله ﷺ: «أَنا وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ أَعْقِلُ عَنْهُ وَأَرِثُـهُ»[2] رواه أبو داود وغيره، وهو ﷺ لا يرث لنفسه شيئاً، وإنما يصرف ذلك في مصالح المسلمين لأنهم يعقلون عن الميت كالعصبة من القرابة فيضع الإمام تركته أو باقيها في بيت المال أو يخص منها من يشاء.

تنبيه: أفهم كلام المصنف كغيره استواء جميع المسلمين في استحقاق هذا الإرث أهل البلد وغيرهم ومن كان موجوداً عند الموت أو حدث بعده أو أسلم بعده أو عتق بعده، وهو كذلك وإن خصه ابن الرفعة ببلد الميت، ولكن لا يعطي مكاتباً ولا قاتلاً ولا من فيه رق ولا

---

(١) أخرجه ابن حبان ـ الإحسان بترتيب أحاديث ابن حبان ٧/ ٢٢٠ في البيوع (٤٩٢٩) وأخرجه الحاكم ٤/ ٣٤١ في الفرائض.

(٢) أخرجه أبو داود ٣/ ١٢٣ في الفرائض (٢٩٠١).
وصححه ابن حبان وأورده الهيثمي في موارد الظمآن ص ٣٠ في الفرائض (١٢٢٥) ونقل الحافظ في التلخيص ٣/ ٩٣.

وَالْمُجْمَعُ عَلَى إِرْثِهِمْ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ: الِإبْنُ وَابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ، وَالأَبُ وَأَبُوهُ وَإِنْ عَلاَ، وَالأَخُ وَابْنُهُ إِلاَّ مِنَ الأُمِّ، وَالْعَمُّ إِلاَّ لِلأُمِّ، وَكَذَا ابْنُهُ وَالزَّوْجُ وَالْمُعْتِقُ. وَ

كافراً لأنهم ليسوا وارثين، ولو أوصى لرجل بشيء من التركة أعطيه وجاز أن يعطي منها أيضاً بالإرث فيجمع بين الإرث والوصية، بخلاف الوارث المعين لا يعطي من الوصية شيئاً بلا إجازة. أما الذمي إذا مات لا عن وارث أو وارث غير مستغرق فإن تركته أو باقيها تنتقل لبيت المال فيئاً.

فائدة: قال بعضهم: يمكن اجتماع الأسباب الأربعة في الإمام كأن يملك بنت عمه ثم يعتقها ثم يتزوّج بها ثم تموت ولا وارث لها غيره فهو زوجها وابن عمها ومعتقها وإمام المسلمين. فإن قيل: لا مدخل للولاء وبيت المال مع وجود العاصب من النسب. أجيب بأنها تصوّرت فيه ولو لم يرث بها كلها. فإن قيل: الإمام ليس بيت المال. أجيب بأنه قد تقدم أن الوارث جهة الإسلام وهي حاصلة فيه. وأما شروط الإرث فهي أربعة أيضاً:

أوّلها: تحقق موت المورث، أو إلحاقه بالموتى تقديراً كجنين انفصل ميتاً في حياة أمه أو بعد موتها بجناية على أمه موجبة للغرة فيقدر أن الجنين عرض له الموت لتورث عنه الغرة أو إلحاق المورث بالموتى حكماً كما في حكم القاضي بموت المفقود اجتهاداً.

وثانيها: تحقق حياة الوارث بعد موت مورثه ولو بلحظة.

وثالثها: معرفة إدلائه للميت بقرابة أو نكاح أو ولاء.

ورابعها: الجهة المقتضية للإرث تفصيلاً، وهذا يختص بالقاضي فلا تقبل شهادة الإرث مطلقة كقول الشاهد للقاضي، هذا وارث هذا بل لا بد في شهادته من بيان الجهة التي اقتضت إرثه منه ولا يكفي أيضاً قول الشاهد هذا ابن عمه بل لا بدّ من العلم بالقرب والدرجة التي اجتمعا فيها. وأما موانع الإرث فستأتي في كلامه (**والمجمع على إرثهم من الرجال**) أي الذكور ولو عبر بهم كان أولى لكن المراد الجنس، وكذا في النساء فيشمل غير البالغين من الذكور والإناث (**عشرة**) بالاختصار وخمسة عشرة بالبسط وهم (**الابن وابنه**) وهذا يغني عن قوله: (**وإن سفل**) إلا أن يكون قصده التنبيه على إخراج ابن البنت (**والأب وأبوه وإن علا والأخ**) لأبوين ولأب ولأم (**وابنه**) أي الأخ، وقوله: (**إلا من الأم**) استثناء من ابنه فقط أي ابن الأخ لأبوين أو لأب. أما ابنه لأم فمن ذوي الأرحام كما سيأتي (**والعم**) لأبوين أو لأب ويدخل في ذلك عمّ الأب وعمّ الجد وإن علا، ويدخل في ابنه الآتي ابناهما (**إلا**) العم (**لـلأم**) فمن ذوي الأرحام (**وكذا ابنه**) أي العم لأبوين ولأب (**والزوج والمعتق**) والمراد به من صدر منه الإعتاق أو ورث به، فلا يرد على الحصر في العشرة عصبة المعتق ومعتق المعتق (**و**) المجمع

مِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ: الْبِنْتُ وَبِنْتُ الاِبْنِ وَإِنْ سَفَلَ، وَالأُمُّ وَالجَدَّةُ وَالأُخْتُ وَالزَّوْجَةُ وَالْمُعْتِقَةُ، فَلَوِ اجْتَمَعَ كُلُّ الرِّجَالِ وَرِثَ الأَبُ وَالاِبْنُ وَالزَّوْجُ فَقَطْ أَوْ كُلُّ النِّسَاءِ فَالْبِنْتُ وَبِنْتُ الاِبْنِ وَالأُمُّ وَالأُخْتُ لِلأَبَوَيْنِ وَالزَّوْجَةُ أَوِ الَّذِينَ يُمْكِنُ اجْتِمَاعُهُمْ مِنَ الصِّنْفَيْنِ فَالأَبَوَانِ وَالاِبْنُ وَالْبِنْتُ وَأَحَدُ الزَّوْجَيْنِ

على إرثهنّ **(من النساء سبع)** بالاختصار وعشرة بالبسط، وهن **(البنت وبنت الابن وإن سفل)** أي الابن، ووقع في بعض نسخ المحرَّر: وإن سفلت، وليس بجيد لدخول بنت بنت الابن وليست بوارثة، لكن يلزم على عبارة المصنف عود الضمير على المضاف إليه والمتعارف عوده للمضاف **(والأمّ والجدّة)** من قبل الأمّ أو الأب وإن علت **(والأخت)** من جهاتها الثلاث **(والزوجة والمعتقة)** وهي من صدر منها العتق أو ورثت به كما مرّ.

تنبيه: الأفصح أن يقال في المرأة زوج والزوجة لغة مرجوحة. قال المصنف: واستعمالها في باب الفرائض متعين ليحصل الفرق بين الزوجين اهـ، والشافعي رضي الله تعالى عنه يستعمل في عبارته المرأة، وهو حسن **(فلو اجتمع كل الرجال)** فقط ولا يكون إلا والميت أنثى **(ورث)** منهم ثلاثة **(الأب والابن والزوج فقط)** لأنهم لا يحجبون ومن بقي محجوب بالإجماع فابن الابن بالابن والجدّ بالأب والباقي محجوب بكل منهما أو بالابن وتصح مسألتهم من اثني عشر لأن فيها ربعاً وسدساً: للزوج الرّبع، وللأب السدس، وللابن الباقي.

فائدة: شبه الفرضيون عمود النسب بالشيء المدلى من علو، فأصل كل إنسان أعلى منه وفرعه أسفل منه، وكان مقتضى تشبيهه بالشجرة أن يكون أصله أسفل منه وفرعه أعلى كما في الشجرة، فيقال في أصله: وإن سفل، وفي فرعه: وإن علا **(أو)** اجتمع **(كل النساء)** فقط، ولا يكون إلا والميت ذكر **(فـ)** ـالوارث منهنّ خمسة، وهنّ **(البنت وبنت الابن والأمّ والأخت للأبوين والزوجة)** والباقي من النساء محجوب: الجدة بالأمّ، والأخت للأمّ بالبنت، وكل من الأخت للأب والمعتقة بالشقيقة لكونها مع البنت وبنت الابن عصبة تأخذ الفاضل عن الفروض، وتصح مسألتهن من أربعة وعشرين لأن فيها سدساً وثمناً للأمّ السدس، وللزوجة الثمن، وللبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وللأخت الباقي، وهو سهم.

تنبيه: يجوز في النساء الجرّ بتقدير كل كما قدّرته والرفع إن لم تقدّرها **(أو)** اجتمع **(الذين يمكن اجتماعهم من الصنفين)** الرجال والنساء، بأن اجتمع كل الرجال والنساء إلا الزوجة فإنها الميتة، أو كل النساء والرجال إلا الزوج فإنه الميت ورث منهم في المسألتين خمسة، بينها المصنف بقوله: **(فالأبوان والابن والبنت وأحد الزوجين)** وهو الزوج حيث الميت الزوجة، وهي حيث الميت الزوج لحجبهم من عداهم، فالأولى: من اثني عشر للأبوين السدسان أربعة وللزوج الرّبع ثلاثة، والباقي، وهو خمسة بين الابن والبنت أثلاثاً، ولا

وَلَوْ فُقِدُوا كُلُّهُمْ فَأَصْلُ المَـذْهَبِ أَنَّهُ لاَ يُـوَرَّثُ ذَوُو الأَرْحَامِ وَلاَ يُرَدُّ عَلَى أَهْلِ الْفَرْضِ، بَلِ المَـالُ لِبَيْتِ المَالِ، وَأَفْتَى المُتَـأَخِّرُونَ إِذاً لَمْ يَنْتَظِمْ أَمْرُ بَيْتِ المَالِ بالرَّدُّ على أَهْلِ الفَرْضِ

ثلث له صحيح، فتضرب ثلاثة في اثني عشر تبلغ ستة وثلاثين، ومنها تصح. والثـانية: أصلهـا أربعة وعشرون: للزوجة الثمن، وللأبوين السدسان، والباقي وهو ثلاثـة عشر بين الابن والبنت أثلاثاً، ولا ثلث له صحيح، فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين تبلغ اثنين وسبعين ومنها تصح.

تنبيـه: أفهم قول المصنف: أو الـذين يمكن اجتماعهم من الصنفين استحـالـة اجتمـاع الزوج والزوجة على ميت واحد. قال الزركشي: ويمكن أن يتصوّر، وذلك فيمـا إذا أقام رجـل بينة على ميت مكفن أنه امـرأته، وهؤلاء أولاده منهـا وأقامت امـرأة بينة على أنـه زوجها وهؤلاء أولادها منه فكشف عنه، فإذا هو خنثى له آلـة الرجـال وآلة النسـاء، وقد ذكـرت تصحيح هـذه المسألة وتفاريعها في شرح التنبيه.

ضابط: كل من انفرد من الذكور حاز جميع التركة إلا الزوج والأخ للأمّ، ومن قال بـالردّ لا يستثنى إلا الـزوج، وكل من انفـرد من الإناث لا يحـوز جميع المـال إلا المعتقة، ومن قـال بالردّ لا يستثنى من حـوز جميع المـال إلا الزوجـة (**ولو فقـدوا**) أي الورثـة من الرّجـال والنساء (**كلهم**) أو فضـل عمن وجد منهم شيء (**فـأصل**) المنقـول في (**المـذهب أنـه لا يـورث ذوو الأرحام**) أصلاً، وسيأتي بيانهم لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلاَ وَصِيَّةَ لِوارِثٍ»، ووجه الدلالـة منه عـدم ذكرهم في القـرآن. قال سليم في التقـريب: وفي الحديث «أَنَّـهُ ﷺ رَكِبَ إلى قِبَا يَسْتَخِيرُ اللَّهَ تَعَالَى في العَمَّةِ والخَالَةِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لاَ مِيرَاثَ لَهُمَـا﴾» رواه أبـو داود في مراسيله، ومقـابل المـذهب قول المـزني وابن سريـج: أنهم يرثـون كمذهب أبي حنيفة وأحمد (و) أصل المذهب أيضاً فيما إذا لم يفقدوا كلهم، بأن وجـد بعضهم ولم يستغرق التركة أنه (**لا يردّ**) ما بقي (**على أهل الفرض**) فيما إذا فضـل عنهم شيء، وهذا لـولا ما قـدّرته لكان لا تعلق له بما قبله، إذ صورة المتن فقد الكل فيكون استئنافاً لفقد البعض، فـإذا وجد ذو فرض كالبنتين والأختين أخذتا فرضيهما ولا يردّ عليهما الباقي لقوله تعالى: ﴿فلهما الثلثان ممـا ترك﴾ [النساء: ١٧٦] والردّ يقتضي أخذهمـا الكل (**بـل المال**) كله في فقـدهم كلهم أو الباقي في فقد بعضهم بعد الفروض (**لبيت المال**) سواء انتظم أمره بإمام عادل يصـرفه في جهتـه أم لا لأن الإرث للمسلمين والإمام ناظر ومستوف لهم والمسلمون لم يعدمـوا، وإنما عـدم المستوفي لهم فلم يوجب ذلك سقوط حقهم، هذا هو منقول المذهب في الأصل، وقد يطرأ على الأصل ما يقتضي مخالفته كما قال (**وأفتى المتأخرون**) من الأصحاب: يعني جمهـورهم (**إذا لم ينتظم أمر بيت المال**) لكـون الإمام غيـر عادل (**بـالرد**) أي بـأن يرد (**على أهـل الفرض**)، لأن المـال مصـروف إليهم، أو إلى بيت المال بـالإنفاق، فـإذا تعـذرت إحـدى الجهتين تعينت الأخـرى،

غَيْرَ الزَّوْجَيْنِ مَا فَضَلَ عَنْ فُرُوضِهِمْ بالنِّسْبَةِ، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا صُرِفَ إِلى ذَوِي الأَرْحَامِ،

وليس في كلام المصنف تصريح باختيار هذا، لكن قال في زيادة الروضة: إنه الأصح أو الصحيح عنه محققي أصحابنا: منهم ابن سراقة من كبار أصحابنا ومتقدميهم: أي لأنه كان موجوداً قبل الأربعمائة، وقال: إنه قول عامة مشايخنا، وجرى على ذلك أيضاً القاضي الحسين والمتولي والجوجري وصاحب الحاوي وآخرون، فتخصيص المصنف له بفتوى المتأخرين ليس بواضح، وكلامه قد يوهم أنه إذا قلنا بعدم الرد أنه يصرف لبيت المال وإن لم ينتظم، وليس مراداً قطعاً، بل إن كان في يد أمين نظر، إن كان في البلد قاض مأذون له في التصرف في مال المصالح دفع إليه، وإن لم يكن قاض بشرطه صرف الأمين بنفسه إلى المصالح. فإن قيل: يجوز دفع الزكاة إلى الجائر، فهلا كان هنا كذلك. أجيب بأن للمتصدق غرضاً صحيحاً في براءة ذمته بيقين بخلاف الميراث، وقوله: (**غير الزوجين**) بجر غير على الصفة أو نصبها على الاستثناء من زيادته، لأن علة الرد القرابة، وهي مفقودة فيهما، ونقل ابن سريج فيه الإجماع، هذا إن لم يكونا من ذوي الأرحام، فلو كان مع الزوجية رحم: كبنت الخالة وبنت العم وجب عند القائلين بالرد الرد عليهما لكن الصرف إليهما من جهة الرحم لا من جهة الزوجية، وإنما يرد (**ما فضل عن فروضهم بالنسبة**) لسهام من يرد عليه طلباً للعدل فيهم، فإن كان صنفاً واحداً كالبنت والأخت أخذ الفرض والباقي بالرد، أو جماعة من صنف: كالبنات، فالباقي لهم بالسوية أو صنفين فأكثر رد الباقي عليهم بقدر سهامهم، ففي بنت وأم يبقى بعد إخراج فرضيهما سهمان من ستة: للأم ربعهما نصف سهم، وللبنت ثلاثة أرباعهما، فتصح المسألة من اثني عشر إن اعتبرت مخرج النصف، ومن أربعة وعشرين إن اعتبرت مخرج الربع، وهو الموافق للقاعدة، وترجع بالاختصار على التقديرين إلى أربعة: للبنت ثلاثة، وللأم واحد، وفي بنت وأم وزوج يبقى بعد إخراج فروضهم سهم من اثني عشر، ثلاثة أرباعه للبنت وربعه للأم، فتصح المسألة من ثمانية وأربعين، وترجع بالاختصار إلى ستة عشر: للزوج أربعة، وللبنت تسعة، وللأم ثلاثة، وفي بنت وأم وزوجة يبقى بعد إخراج فروضهن خمسة من أربعة وعشرين: للأم ربعها سهم وربع، فتصح المسألة من ستة وتسعين وترجع بالاختصار إلى اثنين وثلاثين للزوجة أربعة، وللبنت أحد وعشرون، وللأم سبعة. قال الشارح: ويقال: على وفق الاختصار ابتداء في المسألة الأولى سهامهما من الستة المسألة: أي فيجعلها من أربعة. وفي اللتين بعدها الباقي من مخرج الربع، والثمن للزوجين بعد نصيبهما لا ينقسم على أربعة سهام: الأم والبنت من مسألتهما فتضرب في كل من المخرجين. أي فتضرب في المسألة الثانية أربعة في أربعة بستة عشر، وفي الثالثة أربعة في ثمانية باثنين وثلاثين، وهذه الطريقة لم أرها لغيره، وهي مختصرة مفيدة، والرد ضد العول الآتي؛ لأنه زيادة في قدر السهام ونقص في عددها، والعول نقص في قدرها وزيادة في عددها (**فإن لم يكونوا**) أي أصحاب الفروض بأن لم يوجد أحد منهم (**صرف**) المال (**إلى ذوي الأرحام**) لحديث: «الخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ» رواه أبو

وَهُمْ مِنْ سِوَى المَذْكُورِينَ مِنَ الأَقَارِبِ، وَهُمْ عَشَرَةُ أَصْنَافٍ أَبُو الأُمِّ وَكُلُّ جَدٍّ وَجَدَّةٍ سَاقِطَيْنِ

داود، وصححه ابن حبان والحاكم، وإنما قدم الرد عليهم؛ لأن القرابة المفيدة لاستحقاق الفرض أقوى، وإذا صرف إليهم فالأصح تعميمهم، وقيل: يخص به الفقراء منهم.

تنبيه: قوله: صرف لا يعلم منه أنه على جهة الإرث أو المصلحة، وفي المسألة وجهان صحح المصنف الأول والرافعي الثاني، وفي كيفية توريثهم مذهبان: مذهب أهل التنزيل، وهو أن ينزل كل فرع منزلة أصله الذي يدلي به إلى الميت، ومذهب أهل القرابة وهو توريث الأقرب فالأقرب كالعصبات، والأول هو الأصح، والمذهبان متفقان على أن من انفرد منهم حاز جميع المال ذكراً كان أو أنثى، وإنما يظهر الاختلاف عند اجتماعهم، ويقدم منهم الأسبق إلى الوارث لا إلى الميت؛ لأنه بدل عن الوارث فاعتبار القرب إليه أولى، فإن استووا في السبق إليه قدر كان الميت خلف من يدلون به من الورثة واحداً كان أو جماعة، ثم يجعل نصيب كل واحد منهم للمدلين به الذين نزلوا منزلته على حسب ميراثهم منه لو كان هو الميت، فإن كانوا يرثون بالعصوبة اقتسمت نصيبه ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] أو بالفرض اقتسموا نصيبه على حسب فروضهم، ويستثنى من ذلك أولاد الأخ من الأم والأخوال والخالات منها فلا يقتسمون ذلك للذكر مثل حظ الأنثيين بل يقتسمونه بالسوية، وقضية كلامهم أن إرث ذوي الأرحام كإرث من يدلون به في أنه إما بالفرض أو بالتعصيب وهو ظاهر، وقول القاضي توريثهم توريث بالعصوبة؛ لأنه يراعى فيه القرب ويفضل الذكر ويحوز المنفرد الجميع تفريع على مذهب أهل القرابة ولنذكر أمثلة يتضح بها الفرق بين المذهبين تتميماً للفائدة بنت بنت وبنت بنت ابن: فعلى الأول يجعلان بمنزلة بنت وبنت ابن فيحوزان المال بالفرض والرد أرباعا بنسبة إرثهما، وعلى الثاني المال لبنت البنت لقربها إلى الميت بنت ابن بنت وبنت بنت ابن المال للثانية بالاتفاق. أما على الأول فلأنها أسبق إلى الوارث وأما على الثاني، فلأنه المعتبر عند استواء الدرجة بنت بنت وابن وبنت من بنت أخرى للبنت النصف والنصف الآخر بين الابن وأخته أثلاثاً بأن يجعل المال بين بنتي الصلب بالفرض والرد ثم يجعل نصف البنت الأولى لبنتها ونصف الأخرى لولديها أثلاثاً، والتنزيل إنما هو بالنسبة للإرث لا بالنسبة للحجب كما أفادنيه شيخي رحمه الله فاستفده فإني لم أرَ من ذكره، فلو مات شخص عن زوجة وبنت بنت لا تحجبها إلى الثمن، وكذا البقية ثلاث بنات إخوة متفرقين، السدس لبنت الأخ للأم والباقي لبنت الأخ من الأبوين اعتباراً بالآباء، وبنت الأخ من الأب محجوبة لحجب أبيها بالشقيق، وتصح من ستة ثلاثة بني أخوات متفرقات المال بينهم على خمسة كما هو بين أمهاتهم بالفرض والرد (وهم) لغة كل قريب وشرعاً (من سوى المذكورين) بالإرث (من الأقارب) هو بيان لمن (وهم عشرة أصناف) جمع صنف بمعنى النوع وفتح صاده لغة (أبو الأم وكل جد وجدة ساقطين) كأبي أبي الأم وأم أبي الأم، وهذان صنف واحد ومن جعلهما صنفين

وَأَوْلَادُ البَنَـاتِ وَبَنَاتُ الإِخْـوَة وأَوْلَادُ الأَخَوَاتِ وَبَنُو الإِخْـوَةِ لِلْأُمِّ والعَمُّ لِـلْأُمِّ وَبَنَاتُ الأَعْمـام والعَمَّاتُ والأَخْـوَالُ والخالاتُ والمُدْلُونَ بِهِمْ.

فَصْلٌ

الْفُـرُوضُ المُقَدَّرَةُ في كِتَـابِ اللَّهِ تَعَالَى سِتَّـةٌ:

عد ذوي الأرحام أحد عشر **(وأولاد البنات)** للصلب كبنت بنت، أو للابن كبنت بنت ابن ذكوراً كانوا أو إناثاً كما يشير إليه تعبيره بـأولاد، وإنمـا لم يـذكروا أولاد بنـات الابن، لأن لفظ البنات شـامـل لهم كمـا أدخلتهم في كـلام المصنف **(وبنـات الإخـوة)** لأبـوين أو لأب أو لأم **(وأولاد الأخوات)** كذلك **(وبنو الإخوة للأم)** وكذا بناتهم كما فهم بالأولى.

تنبيـه: لما كـان فرع الأخـوات لا يرث مـطلقاً ذكـراً كان أو أنثى، عبـر بالأولاد الشـامل للصنفين كما مر، وقيد فرع الإخوة بالبنات ليخرج ذكورهم، وإنما عبـر ببني الإخوة لـلأم؛ لأن بناتهم دخلوا في عموم قوله أولاً وبنات الإخوة ولفهمهن بالأولى من ذكر البنين كمـا مر **(والعم)** بالرفع **(للأم)** وهو أخو الأب لأمه **(وبنات الأعمام)** لأبوين أو لأب أو لأم، وكذا بنو الأعمام للأم **(والعمـات)** بالـرفع **(والأخـوال والخالات)** كـل منهم من جهاتـه الثلاث **(والمـدلون بهم)** أي العشرة ما عدا الساقط من الجد والجدة إذ لم يبق في ذلك الساقط من يدلي به، وهـذا معطوف على عشرة فيكون زائداً عليهم.

فروع: الأول: لو خلف ثلاث خالات وثلاث عمات متفرقات كان للخالات الثلث؛ لأنه نصيب الأم لو كانت حيـة مع الأب وللعمـات الثلثان؛ لأنـه نصيب الأب لو كـان حياً مـع الأم. الثاني: أولاد الأخوال والخالات والعمات والأعمام من الأم كآبائهم وأمهاتهم انفـراداً واجتماعاً يسقط الأقرب الأبعد منهم إلى الوارث كما سبق، فـإن كان في درجتهم بنت عم فـأكثر لغيـر أم أخذت المال لسبقها إلى الوارث. الثالث: أخوال الأم وخالاتها بمنزلة أم الأم فيـرثون مـا ترثـه ويقتسمونه بينهم، كمـا لو مـاتت عنهم، وأعمامهـا وعماتهـا بمنزلـة أبي الأم فيرثـون ما يـرثه، وعماته بمنزلة أبي الأب فيرثن ما يرثه، وهكذا كل خـال وخالـة بمنزلـة الجدّة التي هي أختهـا، وكل عمّ وعمة بمنزلة الجدّ الذي هو أخوها.

فَصْلٌ

في بيان الفروض وأصحابها، وهم كلّ من له سهم مقدر شرعاً لا يزيد ولا ينقص وقدر ما يستحقه كل منهم **(الفروض)** جمع فرض بمعنى نصيب: أي الانصباء **(المقدّرة)** أي المحصورة للورثة بـأن لا يزاد عليهـا ولا ينقص منها إلا لعـارض كعول فينقص أو ردّ فيـزاد **(في كتـاب الله تعـالى)** للورثة، وخبر الفروض قوله **(ستة)** بعول وبدونه ويجمعها هبادبز ويعبـر عنها بعبـارات أخصرهـا الـربـع والثلث وضعف كـل ونصفـه، وإن شئت قلت النصف ونصفـه ونصف نصفـه والثلثـان

النِّصْفُ فَرْضُ خَمْسَةٍ: زَوْجٌ لَمْ تُخْلِّفْ زَوْجَتُهُ وَلَداً ولاَ ولَدَ ابْنٍ، وبِنْتٌ أَوْ بِنْتُ ابْنٍ أَوْ أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مُنْفَرِدَاتٍ. والرُّبُعُ فَرْضُ زَوْجٍ لِزَوْجَتِهِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَزَوْجَةٌ لَيْسَ لِزَوْجِهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا. والثُّمُنُ فَرْضُهَا مَعَ أَحَدِهِمَا.

ونصفهما ونصف نصفهما، وإن شئت قلت النصف ونصفه وربعه والثلثان ونصفهما وربعهما، ويخرج بقوله في كتاب الله تعالى السدس الذي للجدّة ولبنت الابن إلا أن يقال السدس مذكور في كتاب الله تعالى لا مع كون من يستحقه أمّاً أو جدة أو بنت ابن والسبع والتسع في مسائل العول إلا أن يقال الأوّل سدس عائل والثاني ثمن عائل وثلث ما يبقى في الغرّاوين كزوج وأبوين أو زوجة وأبوين، وفي مسائل الجد حيث معه ذو فرض كأم وجد وخمسة إخوة فإنه من قبيل الاجتهاد فأحد الفروض (**النصف**) بدأ المصنف به كغيره لكونه أكبر كسر مفرد. قال السبكي: وكنت أودّ أن لو بدءوا بالثلثين؛ لأن الله تعالى بدأ بهما حتى رأيت أبا النجا والحسين بن عبد الواحد الوفي بدآ بهما فأعجبني ذلك، وهو (**فرض خمسة**) فرض (**زوج لم تخلف زوجته ولداً ولا ولد ابن**) وارثاً بالقرابة الخاصة وإن سفل، ذكراً كان أو أنثى، مفرداً أو جمعاً لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] وولد الابن كالابن إجماعاً، ولفظ الولد يشملهما إعمالاً له في حقيقته ومجازه، وإنما بدأ المصنف رضي الله عنه تبعاً للشافعي والأصحاب بالزوج وإن كان الله تعالى قد بدأ بالأولاد؛ لأن مقصود الفرضيين التعليم والتقريب من الأفهام، والابتداء بما يقل فيه الكلام أسهل وأقرب إلى الفهم فيتدرّب المتعلم، والكلام على الزوجين أقل منه على غيرهما، والله تعالى بدأ بما هو الأولى عند الآدمي وهو الولد، وخرج بالوارث ولد قام به مانع من نحو رقّ ككفر، وبالقرابة الخاصة الوارث بعمومها كولد البنت فلا اعتبار به وإن ورثنا ذوي الأرحام كما مرّت الإشارة إليه (**و**) فرض (**بنت أو بنت ابن**) وإن سفل لقوله تعالى في البنت: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: ١١] وبنت الابن كالبنت لما مرّ في ولد الابن (**أو أخت لأبوين أو لأب**) لقوله تعالى: ﴿وَلَهُ أُخت فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦]، والمراد غير الأخت للأمّ لما سيأتي أن لها السدس، وقوله: (**منفردات**) راجع إلى الأربع، وأخرج به ما لو اجتمعن مع إخوتهنّ أو أخواتهن أو اجتمع بعضهنّ مع بعض كما سيأتي بيانه، وليس المراد الانفراد مطلقاً فإنه لو كان مع كلّ من الأربع زوج فلها النصف أيضاً (**و**) ثانيها (**الرّبع**) وهو (**فرض**) اثنين فرض (**زوج لزوجته ولد أو ولد ابن**) منه أو من غيره وارث بالقرابة الخاصة لقوله تعالى: ﴿فإن كان لهنّ ولد فلكم الربع﴾ [النساء: ١٢] وولد الابن كالابن كما مرّ، وخرج به ولد البنت (**و**) فرض (**زوجة ليس لزوجها واحد**) وارث (**منهما**) لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] وولد الابن كالولد كما مرّ.

تنبيه: قد ترث الأم الربع فرضاً في حال يأتي فيكون الربع لثلاثة (**و**) ثالثها (**الثمن**) ويقال فيه ثمين أيضاً وهو (**فرضها**) أي الزوجة (**مع أحدهما**) أي الولد وولد الابن الوارث وإن

والثُّلُثَانِ فَرضُ بِنْتَيْنِ فَصَاعِداًوبِنْتَي ابْنٍ فَأَكْثَر وَأُخْتَيْنِ فَأَكْثَر لِأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ. وَالثُّلُثُ فَرْضُ أُمٍّ لَيْسَ لِمَيِّتِها وَلَدٌ وَلَدُ ابْنٍ وَلَا اثْنَانِ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ، وَفَرضُ اثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ،

سفل، سواء أكان منها أم لا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء: ١٢] وولد الابن كالابن كما مرّ.

تنبيه: المراد بالزوجة الجنس الصادق بالواحدة والأكثر، فالزوجتان أو الثلاث أو الأربع يشتركان أو يشتركن في كلّ من الربع والثمن، وإنما جعل للزوج في حالتيه ضعف ما للزوجة في حالتيها؛ لأن فيه ذكورة، وهي تقتضي التضعيف فكان معها كالابن مع البنت **(و)** رابعها **(الثلثان)** وهو **(فرض)** أربعة: فرض **(بنتين فصاعداً)** بالنصب على الحال وناصبه واجب الإضمار: أي ذاهباً من فرض عدد الابنتين إلى حالة الصعود عن الابنتين، ولا يجوز فيه غير النصب، وإنما يستعمل بالفاء وثم لا بالواو كما في المحكم **(و)** فرض **(بنتي ابن فأكثر)** منهما، سواء أكنّ من أب أم آباء **(و)** فرض **(أختين فأكثر)** منهما **(لأبوين أو لأب)** وضابط من يرث الثلثين من تعدد من الإناث ممن فرضه النصف عند انفرادهنّ عمن يعصبهن أو يحجبهن، وذلك لقوله تعالى في البنات: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] وفي الأخوات: ﴿فإن كانتا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٢] نزلت في سبع أخوات لجابر بن عبدالله لما مرض وسأل عن إرثهن منه كما في الصحيحين فدل على أن المراد منها الأختان فأكثر، وقيس بالأختين البنتان، وبنتا الابن، وبالأخوات أو البنات بنات الابن بل هن داخلات في لفظ البنات على القول بإعمال اللفظ في حقيقته ومجازه على أنه قيل: إن فوق صلة كما في قوله تعالى: ﴿فاضربوا فَوْقَ الأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال: ١٢] وعليه فالآية تدل على البنتين، ويقاس بهما بنتا الابن أو هما داخلتان كما مر، وبالأخوات البنات وبنات الابن، ومما احتج به أيضاً أن الله تعالى قال: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، وهو لو كان مع واحدة كان حظها الثلث، فأولى وأحرى أن يجب لها ذلك مع أختها **(و)** خامسها **(الثلث)** وهو فرض اثنين **(فرض أم ليس لميتها ولد)** وارث **(ولا ولد ابن)** وارث **(ولا اثنان من الإخوة والأخوات)** للميت، سواء أكانوا أشقاء أم لا ذكوراً أم لا محجوبين بغيرهما كأخوين لأم مع جد أم لا، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ، فإن كان لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وولد الابن ملحق بالولد كما مرّ، والمراد بالإخوة اثنان فأكثر إجماعاً قبل إظهار ابن عباس الخلاف، ويشترط أيضاً أن لا يكون مع الأم أب وأحد الزوجين فقط، فإن كان معها ذلك ففرضها ثلث الباقي كما سيأتي **(وفرض اثنين فأكثر من ولد الأم)** يستوي في الذكر وغيره، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٢] الآية، والمراد أولاد الأم بدليل قراءة ابن مسعود وغيره ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ من أم﴾ وهي وإن

وَقَدْ يُفْرَضُ لِلْجَدِّ مَعَ الإِخْوَةِ. وَالسُّدُسُ فَرْضُ سَبْعَةٍ: أَبٍ وَجَدٍ لِمَيِّتِهِمَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ وَأُمٍّ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ابْنٍ أَوِ اثْنَانِ مِنْ إِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ وَجَدَّةٍ وَلِبِنْتِ ابْنٍ مَعَ بِنْتِ صُلْبٍ وَلِأُخْتٍ أَوْ أَخَوَاتٍ لِأَبٍ مَعَ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ وَلِوَاحِدٍ مِنْ وَلَدِ الأُمِّ.

لم تتواتر لكنها كالخبر في العمل بها على الصحيح؛ لأن مثل ذلك إنما يكون توقيفاً، وإنما سوّى بين الذكر والأنثى، لأنه لا تعصيب فيمن أدلوا به بخلاف الأشقاء ولأب، فإن فيهم تعصيباً، فكان للذكر مثل حظ الأنثيين كالبنتين والبنات ذكره ابن أبي هريرة في تعليقه **(وقد يفرض)** الثلث **(للجدّ مع الأخوة)** فيما إذا نقص عنه بالمقاسمة كما لو كان معه ثلاثة إخوة فأكثر كما سيأتي، وبهذا يكون فرض الثلث لثلاثة، وإن لم يكن الثالث في كتاب الله كما مرّ **(و)** سادسها **(السدس)** وهو **(فرض سبعة)** فرض **(أب وجد)** وارث **(لميتهما ولد أو ولد ابن)** ذكراً كان أو أنثى لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] الآية، وولد الابن كالولد كما مر، والجدّ كالأب **(و)** فرض **(أم لميتها ولد أو ولد ابن)** وارث **(أو اثنين)** فأكثر **(من الإخوة والأخوات)** لما مرّ في الآيتين.

تنبيه: قوله: اثنين قد يشمل ما لو ولدت امرأة ولدين ملزقين لهما رأسان وأربع أرجل وأربع أيد وفرجان ولها ابن آخر، ثم مات هذا الابن وترك أمه وهذين، فيصرف لها السدس وهو كذلك؛ لأن حكمهما حكم الاثنين في سائر الأحكام من قصاص ودية وغيرهما، وتعطى أيضاً السدس مع الشك في وجود أخوين كأن وطىء اثنان امرأة بشبهة وأتت بولد واشتبه الحال ثم مات الولد قبل لحوقه بأحدهما ولأحدهما دون الآخر ولدان فللأم من مال الولد السدس في الأصح أو الصحيح كما في زيادة الروضة في العدد، وإذا اجتمع مع الأم الولد أو ولد الابن واثنان من الإخوة، فالذي ردّها من الثلث إلى السدس الولد لقوّته كما بحثه ابن الرفعة **(و)** فرض **(جدّة)** وارثة لأب أو لأم، لخبر أبي داود وغيره: «أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَى الجَدَّةَ السُّدُسَ» والمراد بها الجنس، لأن الجدّتين فأكثر الوارثات يشتركان أو يشتركن في السدس كما سيأتي، وروى الحاكم بسند صحيح «أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِهِ لِلْجَدَّتَيْنِ» **(و)** يفرض أيضاً **(لبنت ابن)** فأكثر **(مع بنت صلب)** أو مع بنت ابن أقرب منها تكملة الثلثين لقضائه ﷺ بذلك في بنت الابن مع البنت، رواه البخاري عن ابن مسعود، وقيس عليه الباقي، ولأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين، والبنت وبنات الابن أولى بذلك **(و)** يفرض أيضاً **(لأخت)** لأب **(أو أخوات لأب مع أخت لأبوين)** كما في البنت وبنات الابن **(ولواحد من ولد الأم)** ذكراً كان أو أنثى أو خنثى، لقوله تعالى: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٢] الآية.

تتمة: أصحاب الفروض ثلاثة عشر أربعة من الذكور الزوج والأخ للأم والأب والجد، وقد يرث الأب والجد بالتعصيب فقط، وقد يجمعان بينهما، وسيأتي بيانه، وتسعة من الإناث الأمّ والجدّتان والزوجة والأخت للأم وذوات النصف الأربع. ولما فرغ المصنف من بيان الوارث وأصحاب الفروض شرع فيمن يحجب ومن لا يحجب، فقال.

فَصْلٌ

الأَبُ وَالابْنُ وَالزَّوْجُ لَا يَحْجُبُهُمْ أَحَدٌ وَابْنُ الابْنِ لَا يَحْجُبُهُ إِلَّا الابْنُ أَوِ ابْنُ ابْنٍ أَقْرَبُ مِنْهُ وَالجَدُّ لَا يَحْجُبُهُ إِلَّا مُتَوَسِّطٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المَيِّتِ، وَالأَخُ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ الأَبُ وَالابْنُ وَابْنُ الابْنِ، وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هؤُلَاءِ، وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ، وَلِأُمٍّ يَحْجُبُهُ أَبٌ وَجَدٌّ وَوَلَدٌ وَوَلَدُ ابْنٍ، وَابْنُ الأَخِ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ سِتَّةٌ: أَبٌ وَجَدٌّ

فَصْلٌ

في الحجب، وهو لغة المنع. وشرعاً منع من قام به سبب الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه، ويسمى الأوّل حجب حرمان، والثاني حجب نقصان، فالثاني كحجب الولد الزوج من النصف إلى الربع وقد مرّ، ويمكن دخوله على جميع الورثة أيضاً وسيأتي، وحجب بالشخص أو الاستغراق، وهو المراد بهذا الفصل كما يؤخذ من قوله: (**الأب والابن والزوج لا يحجبهم أحد**) من الإرث إجماعاً، ولأن كلاً منهما يدلي إلى الميت بنفسه بنسب أو نكاح وليس فرعاً لغيره، والأصل مقدّم على الفرع (**وابن الابن**) وإن سفل (**لا يحجبه**) من العصبة (**إلا الابن**) أباه كان أو عمه لإدلائه به أو لأنه عصبة أقرب منه، وهذا مجمع عليه (**أو ابن ابن أقرب منه**) كابن ابن وابن ابن ابن، ومن هذا يعلم أن قوله أوّلاً ابن الابن مراده وإن سفل كما قدّرته حتى ينتظم مع هذا. فإن قيل: يرد على الحصر أنهيحجبه أيضاً أبوان وابنتان أجيب بأنه سيذكره آخر الفصل في قوله: وكل عصبة يحجبه أصحاب فروض مستغرقة (**والجدّ**) أبو الأب وإن علا (**يحجبه إلا**) ذكر (**متوسط بينه وبين الميت**) بالإجماع؛ لأن من أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا أولاد الأمّ.

تنبيه: لم يقيد المصنف المتوسط بالذكر كما قدّرته إيضاحاً؛ لأن من بينه وبين الميت أنثى لا يرث أصلاً فلا يسمى حجباً، وإنما عبر بمتوسط ليتناول حجب الجدّ لأبيه وما فوقه من الصور (**والأخ لأبوين يحجبه**) ثلاثة (**الأب والابن وابن الابن**) وإن سفل بالإجماع (**و**) الأخ (**لأب يحجبه**) أربعة (**هؤلاء**) الثلاثة لأنهم إذا حجبوا الشقيق فهو أولى (**وأخ لأبوين**) لقوّته بزيادة القرب، فإن قيل: يرد على الحصر أنه يحجب أيضاً ببنت وأخت شقيقة، ولا يصح أن يجاب عنه بما مرّ لأنه في هذه الصورة لم يحجبه أصحاب فروض مستغرقة؛ لأن الأخت مع البنت عصبة. أجيب بأن كلامه فيمن يحجب بمفرده، وكلّ من البنت والأخت لا تحجب الأخ بمفردها، بل مع غيرها (**و**) الأخ (**لأمّ يحجبه**) أربعة (**أب وجدّ وولد**) ذكراً كان أو أنثى (**وولد ابن**) ولو أنثى بالإجماع، ولآيتي الكلالة المفسرة بمن لا ولد له ولا والد. أما الأم فلا تحجبهم وإن أدلوا بها كما مرّت الإشارة إليه؛ لأن شرط حجب المدلي بالمدلى به، إما اتحاد جهتهما كالجدّ مع الأب والجدّة مع الأم، أو استحقاق المدلى به كل التركة لو انفرد كالأخ مع الأب والأم مع ولدها ليست كذلك لأنها تأخذ بالأمومة وهو بالأخوة، ولا تستحق جميع التركة إذا انفردت (**وابن الأخ لأبوين يحجبه ستة: أب**) لأنه يحجب أباه فهو أولى (**وجد**) لأنه في درجة

وَابْنٌ وَابْنُهُ وَأَخٌ لِأَبَـوَيْنِ وَلِأَبٍ، وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هٰؤُلَاءِ وَابْنُ الأَخِ لِأَبَوَيْنِ، وَالْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُـهُ هٰؤُلَاءِ وَابْنُ أَخٍ لِأَبٍ، وَلِأَبٍ يَحْجُبُهُ هٰؤُلَاءِ، وَعَمٌّ لِأَبَوَيْنِ، وابْنُ عَمّ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُهُ هٰؤُلَاءِ، وَعَمٌّ لِأَبٍ، وَلِأَبٍ يَحْجُبُـهُ هٰؤُلَاءِ وَابْنُ عَمّ لِأَبَـوَيْنِ، والمُعْتِقُ يَحْجُبُهُ عَصَبَـةُ النَّسَبِ، والْبِنْتُ وَالأُمُّ وَالزَّوْجَةُ لَا يُحْجَبْنَ، وَبِنْتُ الِابْنِ يَحْجُبُهَـا ابْنٌ أَوْ بِنْتَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَـا مَنْ يُعَصِّبُهَا، والجَدَّةُ لِلأُمِّ لَا يَحْجُبُهَا إِلَّا الأُمُّ،

أبيه فحجبه كأبيه **(وابن ابنه)** لأنهما يحجبان أباه فهو أولى **(وأخ لأبوين)** لأنه إن كان أباه فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه **(و)** أخ **(لأب)** لأنه أقرب منه.

تنبيه: إنما ضبط المصنف هذا بالعدد دون غيره دفعاً للإلباس في قوله بعد ولأب، لئلا يوهم التكرار وإرادة للتنبيه على أن قوله ولأب الثاني معطوف على ابن الأخ لأبوين لا على ما يليه **(و)** ابن الأخ **(لأب يحجبه)** سبعة **(هؤلاء)** الستة لما سبق **(وابن الأخ لأبوين)** لقوته.

فرع: لو تعارض قرب جهة كابن ابن أخ شقيق وابن أخ لأب قدّم ابن الأخ لأب؛ لأن بنوّة الأخ جهة واحدة يقدّم فيها الأقرب **(والعم لأبوين يحجبه)** ثمانية **(هؤلاء)** السبعة لما سبق **(وابن أخ لأب)** لقرب درجته **(و)** العم **(لأب يحجبه)** تسعة **(هؤلاء)** الثمانية لما مرّ **(وعمّ لأبوين)** لقوّته، فإن قيل: يرد على المصنف أن العم يطلق على عمّ الميت وعمّ أبيه وعمّ جدّه، وابن عمّ الميت يقدّم على عمّ أبيه، وابن عمّ أبيه يقدّم على عمّ جدّه لقوّة جهته كما يقدّم ابن الأب وهو الأخ على ابن الجدّ وهو العمّ. أجيب بأن مراده عمّ الميت لا عمّ أبيه ولا عمّ جدّه **(وابن عمّ لأبوين يحجبه)** عشرة **(هؤلاء)** التسعة لما مرّ **(وعمّ لأب)** لأنه في درجة أبيه فقدّم عليه لزيادة قربه **(و)** ابن عمّ **(لأب يحجبه)** أحد عشر **(هؤلاء)** العشرة لما سلف **(وابن عمّ لأبوين)** لقوّته **(والمعتق يحجبه عصبة النسب)** بالإجماع؛ لأن النسب أقوى من الولاء، إذ تتعلق به أحكام لا تتعلق بالولاء كالمحرمية ووجوب النفقة وسقوط القصاص وعدم صحة الشهادة ونحوها، ولما فرغ من حجب الذكور شرع في حجب الإناث فقال: **(والبنت والأم والزوجة لا يحجبن)** عن إرثهن بالإجماع لما مرّ في الأب والابن والزوج.

فائدة: ضابط من لا يدخل عليه الحجب بالشخص كلّ من أدلى إلى الميت بنفسه إلا المعتق والمعتقة **(وبنت الابن يحجبها ابن)** لأنه أبوها أو عمها وهو بمنزلة أبيها **(أو بنتان)** لأن الثلثين فرض البنات ولم يبق منه شيء **(إذا لم يكن معها)** أي بنت الابن **(من يعصبها)** سواء أكان في درجاتها كأخيها أم أسفل منها كابن ابن عمها كما سيأتي، وهذا قيد في الأخير فقط، فإن كان معها من يعصبها اشتركت معه فيما بقي بعد ثلثي البنتين ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] **(والجدة للأمّ لا يحجبها إلا الأم)** إذ ليس بينها وبين الميت غيرها فلا تحجب بالأب ولا بالجد.

فائدة: قد ترث الجدّة مع بنتها إن كانت بنتها جدة أيضاً فيكون السدس بينهما نصفين،

وَلِلأَبِ يَحْجُبُهَا الأَبُ أَوِ الأُمُّ، وَالْقُرْبَى مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْهَا، والْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ كَأُمِّ أُمٍّ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأَب كَأُمِّ أُمِّ أَبٍ، وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأَبِ لاَ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ في الأَظْهَرِ، والأُخْتُ مِنَ الْجِهَاتِ كَالأَخِ، والأَخَوَاتُ الخُلَّصُ لأَبٍ يَحْجُبُهُنَّ أَيْضاً أُخْتَانِ لأَبَوَيْنِ، والمُعْتِقَةُ كالمُعْتِقِ، وكُلُّ عَصَبَةٍ

وذلك في جدة الميت من جهة أبيه وأمه. وصورتها: لزينب مثلاً بنتان حفصة وعمرة، ولحفصة ابن، ولعمرة بنت فنكح ابن حفصة بنت بنت خالته عمرة فأتت بولد فلا تسقط عمرة التي هي أم أم الولد أمها زينب؛ لأنها أم أم أبي الولد، وأخصر من ذلك أن يقال: مات زيد عن فاطمة أم أبيه وعن أمها زينب وهي أم أم أمه فيشتركان في السدس. ذكره القاضي وغيره وقالوا: ليس لنا جدة ترث مع بنتها الوارثة إلا هذه (و) الجدة **(للأب يحجبها الأب)** لأنها تدلي به. نعم لو مات زيد المذكور آنفاً عن أبيه وجدته زينب ورثت مع وجود الأب: أي من جهة الأم. قال الخفاف: وليس لنا جدة ترث وابنها حيّ من ابن ابنها إلا هذه **(أو الأم)** أي تحجب الجدة للأب أيضاً بالإجماع فإنها تستحقّ بالأمومة والأمّ أقرب منها **(والقربى من كل جهة تحجب البعدي منها)** سواء أدلت بها كأمّ أب، وأم أم أب، وأم أم وأمّ أمّ أمّ لم تدل بها كأمّ أب وأم أبي أب فلا ترث البعدي مع وجود القربى، نعم لو كان البعدى جدة من جهة أخرى لم تحجب القربى البعدي كما مرّ قريباً في مثال زينب **(والقربى من جهة الأم كأمّ أم تحجب البعدي من جهة الأب كأم أم أب)** فتنفرد الأولى بالسدس؛ لأن لها قوّتين: قربها بدرجة، وكون الأم هي الأصل والجدات كالفرع لها (و) الجدة **(القربى من جهة الأب)** كأم أب **(لا تحجب البعدى من جهة الأم)** كأم أم أم **(في الأظهر)** بل يكون السدس بينهما نصفين؛ لأن الأب يحجبها فالجدة التي تدلي به أولى أن لا تحجبها، والثاني يحجبها للقرب كما لو كانت القربى من جهة الأم، وفرق الأوّل بقوّة قرابة الأم؛ ولذلك تحجب الأم جميع الجدات من الجهتين بخلاف الأب، وعلى هذا القياس، وسيأتي ضابط من يرث من الجدات ومن لا يرث **(والأخت من الجهات)** كلها في حجبها بغيرها **(كالأخ)** فيما يحجب به فتحجب الأخت لأبوين بالأب والابن وابن الابن، وتحجب الأخت لأب بهؤلاء وأخ لأبوين والأخت لأم بأب وجد وولد وفرع ابن وارث، فإن قيل: قد توهم هذه العبارة أن الأخت الشقيقة تحجب الأخت للأب كما أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب. أجيب بأن هذا مندفع بما قاله سابقاً من أن لها مع الشقيقة السدس، ويستثنى من إلحاقها بأخيها أن الشقيقة أو التي لأب لا تحجب بفروض مستغرقة حيث يفرض لها بخلاف الأخ **(والأخوات الخلص لأب يحجبهنّ أيضاً أختان لأبوين)** كما في بنات الابن مع البنات، وخرج **بالخلص** ما إذا كان معهن أخ فإنه يعصبهن ولا يحجبن كما سيأتي **(والمعتقة)** في حجبها بغيرها **(كالمعتق)** في حجبه فيحجبها عصبة النسب **(وكلّ عصبة)** يمكن حجبه، ولم ينتقل عن

يَحْجُبُهُ أَصْحَابُ فُرُوضٍ مُسْتَغرِقَةٍ.

فَصْلٌ

الابْنُ يَسْتَغْرِقُ المَالَ وَكَذَا البُنُونَ، وَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ، وَلِلْبِنْتَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثَانِ، وَلِوِ اجْتَمَعَ بَنُونَ وَبَنَاتٌ فَالمَالُ لَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ،

التعصيب للفرض (**يحجبه أصحاب فروض مستغرقة**) للتركة كزوج وأم وأخ لأم وعم فلا شيء للعمّ لحجبه باستغراق الفروض، وذكر الشارح بدل الأخ للأم الجد ونسب لسبق القلم؛ لأن الجد إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ولد إنما يرث بالتعصيب لا بالفرض حتى يكون للجد السدس في المسألة المذكورة، وهذا ممنوع فقد صرّح ابن الهائم بأن الجد يأخذ بالفرض إذا لم يبق إلا السدس أو دونه أو لم يبق شيء، وخرج بيمكن الولد؛ لأنه عصبة لا يمكن حجبه، وقد علم من قول المصنف أوّل الفصل لا يحجبه أحد، وبلم ينتقل إلخ العصبة الشقيق في المشركة، والعصبة الشقيقة في الأكدرية، فإن العصبة فيهما لم يحجب باستغراق الفروض؛ لأن كلاً منهما انتقل إلى الفرض، ولو عبر المصنف بذلك لكان حسناً.

تنبيه: من لا يرث لمانع من رق أو نحوه لا يحجب غيره حرماناً ولا نقصاناً، وكلّ من حجب شخصاً عادت فائدته إليه إلا في صور: منها مسألة أبوين وأخوين فتردّ الأمّ إلى السدس لا بواسطة الأب بل بواسطة الأخوين، ولا تعود فائدة حجبها إليهما، والتحقيق كما قاله بعض المتأخرين أن لا استثناء، فإن الأم وإن حجبت بالأخوين لكنهما حجبا بالأب فعادت فائدة الحجب إليه فإنه يأخذ ما فضل عن السدس بالتعصيب.

فَصْلٌ

في بيان إرث الأولاد وأولادهم انفراداً واجتماعاً (**الابن**) المنفرد (**يستغرق المال وكذا**) الابنان و(**البنون**) إجماعاً في الجميع.

تنبيه: لو عبر بالتركة هنا وفيما سيأتي ليشمل غير المال كان أولى، وإرث الابن بالعصوبة، وقيل: لا يسمى عصبة لأن العصبة من قد يحجب، وهو لا يحجب. قال في البسيط: والخلاف لفظي (**وللبنت**) الواحدة (**النصف وللبنتين فصاعداً الثلثان**) وهذا قد سبق في فصل أصحاب الفروض، وذكر هنا تتميماً للأقسام وتوطئة لقوله: (**ولو اجتمع بنون وبنات فالمال لهم للذكر مثل حظ**) أي نصيب (**الأنثيين**) لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ﴾ [النساء: ١١] الآية، وإنما فضل الذكر على الأنثى لاختصاصه بلزوم ما لا يلزم الأنثى من الجهاد، وتحمل العاقلة وغيرهما، وله حاجتان حاجة لنفسه وحاجة لزوجته، وللأنثى حاجة واحدة لنفسها، بل هي غالباً مستغنية بالتزويج عن الإنفاق من مالها، ولكن لما علم الله سبحانه وتعالى احتياجها إلى النفقة وأن الرغبة تقلّ فيها إذا لم يكن لها مال جعل لها حظاً من الإرث وأبطل حرمان الجاهلية لها، وإنما جعل لها نصف ما للذكر؛ لأنها كذلك في الشهادة، وخولف هذا القياس في إخوة الأم فسوّى بين ذكرهم وأنثاهم لإدلائهم بالأم وبين الأب والأم فيما إذا

وَأَوْلَادُ الِابْنِ إِذَا انْفَرَدُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ، فَلَوِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ فَإِنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ حَجَبَ أَوْلَادَ الِابْنِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتٌ فَلَهَا النِّصْفُ وَالبَاقِي لِوَلَدِ الِابْنِ الذُّكُورِ أَوِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا أُنْثَى أَوْ إِنَاثٌ فَلَهَا أَوْ لَهُنَّ السُّدُسُ، وَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتَانِ فَصَاعِداً أَخَذَتَا الثُّلُثَيْنِ وَالْبَاقِي لِوَلَدِ الِابْنِ الذُّكُورِ أَوِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْإِنَاثِ الخُلَّصِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ، وَأَوْلَادُ ابْنِ الِابْنِ مَعَ أَوْلَادِ الِابْنِ كَأَوْلَادِ الِابْنِ مَعْ أَوْلَادِ الصُّلْبِ وَكَذَا سَائِرُ المَنَازِلِ، وَإِنَّمَا يُعَصِّبُ الذَّكَرُ النَّازِلُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ وَيُعَصِّبُ مَنْ فَوْقَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثَيْنِ.

كان هناك ابن مثلاً فجعل لكل منهما السدس لتعبها في تربية الولد غالباً **(وأولاد الابن)** وإن نزل **(إذا انفردوا كأولاد الصلب)** فيما ذكر بالإجماع لتنزيلهم منزلتهم **(فلو اجتمع الصنفان)** أي أولاد الصلب وأولاد الابن **(فإن كان من ولد الصلب ذكر)** منفرداً أو مع غيره **(حجب أولاد الابن)** بالإجماع **(وإلا)** بأن لم يكن ذكر **(فإن كان للصلب بنت فلها النصف والباقي لولد الابن الذكور)** فقط بالسوية بينهم **(أو)** الباقي لولد الابن **(الذكور والإناث)** للذكر مثل حظ الأنثيين قياساً على أولاد الصلب **(فإن لم يكن)** من أولاد الابن **(إلا أنثى أو إناث فلها أو لهنّ السدس)** تكملة الثلثين. أما الواحدة، فلأنه ﷺ قضى لها به، رواه مسلم عن ابن مسعود. وأما في الزائد على الواحدة فلأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين، فالبنت وبنات الابن أولى بذلك، وترجحت بنت الصلب على بنات الابن بقربها فيشتركن في السدس كالجدّات الوارثات **(وإن كان للصلب بنتان فصاعداً أخذتا)** أو أخذن **(الثلثين)** كما مر **(والباقي لولد الابن الذكور)** بالسوية **(أو الذكور والإناث)** للذكر مثل حظ الأنثيين **(ولا شيء للإناث الخلص)** من ولد الابن مع بنتي الصلب بالإجماع كما قاله ابن المنذر **(إلا أن يكون أسفل منهنّ ذكر فيعصبهن)** في الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين إذ لا يمكن إسقاطه؛ لأنه عصبة ذكر ولا إسقاط من فوقه وإفراده بالميراث مع بعده؛ لأنه لو كان في درجتهن لم يفرد مع قربه، وأفهم تعصيبه لهنّ إذا كان غي درجتهنّ من باب أولى، وهذا يسمى الأخ المبارك. أما الأعلى فيسقطن به **(وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن كأولاد الابن مع أولاد الصلب)** في جميع ما مرّ **(وكذا سائر)** أي باقي **(المنازل)** من كل درجة نازلة مع درجة عالية كأولاد ابن الابن مع أولاد ابن الابن **(وإنما يعصب الذكر النازل)** من أولاد الابن عن إناثهم **(من في درجته)** كأخته وبنت عمه فيعصبها مطلقاً سواء أفضل لها من الثلثين شيء أم لا كما يعصب الابن البنات، وخرج بقوله من في درجته من هي أسفل منه، فإن يسقطها كما مر **(ويعصب من فوقه)** كبنت عم أبيه **(إن لم يكن لها شيء من الثلثين)** كبنتي صلب وبنت ابن، وابن ابن ابن، فإن كان لها شيء منهما لم يعصبها كبنت وبنت ابن وابن ابن ابن؛ لأن لها فرضاً استغنت به عن تعصيبه، ولا يقال تأخذ السدس ويعصبها في الباقي؛ لأن الجمع بين فرض وتعصيب بجهة واحدة من خصائص الأب والجد.

فَصْلٌ

الأَبُ يَرِثُ بِفَرْضٍ إِذَا كَانَ مَعَهُ ابْنٌ أَوِ ابْنُ ابْنٍ، وَبِتَعْصِيبٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ، وَبِهِمَا إِذَا كَانَ بِنْتٌ أَوْ بِنْتُ ابْنٍ لَهُ السُّدُسُ فَرْضاً وَالْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِهِمَا بِالْعُصُوبَةِ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ فِي الحَالَيْنِ السَّابِقَيْنِ فِي الْفُرُوضِ وَلَهَا فِي مَسْأَلَتَيْ زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الزَّوْجِ أَوِ الزَّوْجَةِ،

تنبيه: قال الفرضيون: ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجدّه وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجدّه إلا المستنزل من أولاد الابن.

فَصْلٌ

في بيان إرث الأب والجدّ وإرث الأم في حالة (**الأب يرث بفرض**) فقط السدس كما مر (**إذا كان معه ابن أو ابن ابن**) وارث وإن سفل والباقي لمن معه (**و**) يرث (**بتعصيب**) فقط (**إذا لم يكن**) معه (**ولد ولا ولد ابن**) سواء أكان وحده أم معه صاحب فرض كزوجة فله الباقي بعد الفرض بالعصوبة وإلا أخذ الجميع والأخ الشقيق يشارك الأب في هاتين الحالتين فيرث بالفرض كما سيأتي في المُشَرِّكَة وبالتعصيب في غيرها (**و**) يرث (**بهما**) أي الفرض والتعصيب من جهة واحدة (**إذا كان**) معه (**بنت**) مفردة أو كان معها بنت أخرى فأكثر (**أو بنت ابن**) وإن سفل مفردة أو معها بنت ابن أخرى أو بنتا ابن فأكثر (**له السدس فرضاً**) لأن لفظ الولد في الآية يشمل الذكر والأنثى، ولو عطف بالواو لصح فإنه لو كان معه بنت وبنت ابن أو بنتا ابن كان الحكم كذلك (**والباقي بعد فرضهما**) أي الأب والبنت أو الأب وبنت الابن، وكذا غيرهما ممن ذكر، وهو الثلث أو السدس له يأخذه (**بالعصوبة**) لقوله ﷺ: «أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»، وأولى بمعنى أقرب، ولا يصح أن يكون بمعنى أحق لما يلزم عليه من الإبهام والجهالة فلا يبقى للكلام معنى.

تنبيه: قد يوهم كلامه أن الجدّ ليس كالأب في الأحوال الثلاثة، وهو وجه، والأصح خلافه، وهو موافق لقوله بعد والجدّ كالأب، وقد يجمع الزوج بين الفرض والتعصيب كزوج هو معتق أو ابن عمّ، لكن هذا خرج بقولنا فيما مرّ من جهة واحدة، فإن هذا بجهتين بخلاف الأب والجد فإنه بجهة واحدة (**وللأمّ الثلث أو السدس في الحالين السابقين في**) فصل (**الفروض**) المقدرة، وأعاده هنا توطئة لقوله: (**ولها في مسألتي زوج أو زوجة وأبوين ثلث ما بقي بعد**) فرض (**الزوج أو**) فرض (**الزوجة**) لا ثلث جميع المال لإجماع الصحابة قبل إظهار ابن عباس الخلاف قائلاً بأن لها الثلث كاملاً في الحالين لظاهر الآية، ولأن كل ذكر وأنثى لو انفردا اقتسما المال أثلاثاً، فإذا اجتمعا مع الزوج أو الزوجة اقتسما الفاضل كذلك كالأخ والأخت، فللزوج في المسألة الأولى، وهي من اثنين النصف والباقي ثلثه للأم وثلثاه للأب، وأقلّ عدد له نصف

وَالجَدُّ كَالأَبِ إِلَّا أَنَّ الأَبَ يُسْقِطُ الإِخْوَةَ وَالأَخَوَاتِ وَالجَدُّ يُقَاسِمُهُمْ إِنْ كَانُوا لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ، وَالأَبُ يُسْقِطُ أُمَّ نَفْسِهِ وَلَا يُسْقِطُهَا الجَدُّ وَالأَبُ فِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وأَبَوَيْنِ يَرُدُّ الأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى ثُلُثِ البَاقِي وَلَا يَرُدُّهَا الجَدُّ، وَلِلْجَدَّةِ السُّدُسُ وَكَذَا الجَدَّاتُ

صحيح، وثلث ما يبقى ستة فتكون من ستة فهي تأصيل لا تصحيح كما سيأتي في الأصلين الزائدين وللزوجة في الثانية، وهي من أربعة سهم وللأم ثلث الباقي وهو سهم وللأب الباقي، قالوا: وإنما عبروا عن حصتها فيهما بثلث الباقي مع أنها أخذت في الأولى السدس، وفي الثانية الرّبع تأدباً مع لفظ القرآن في قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] ويلقبان بالغرّاوين لشهرتهما تشبيهاً لهما بالكوكب الأغر، وبالعمريتين لقضاء عمر رضي الله تعالى عنه فيهما بما ذكر، وبالغريبتين لغرابتهما **(والجد)** أبو الأب في الميراث **(كالأب)** عند عدمه في جميع ما مر من الجمع بين الفرض والتعصيب وغيره **(إلا أن الأب)** يفارقه في أنه **(يسقط الإخوة والأخوات)** للميت كما مرّ **(والجد)** لا يسقطهم بل **(يقاسمهم إن كانوا لأبوين أو لأب)** كما سيأتي **(والأب)** يفارق الجد أيضاً في أنه **(يسقط أمّ نفسه)** لأنها تدلى به **(ولا يسقطها)** أي أم نفس الأب **(الجد)** لأنها زوجته، والشخص لا يسقط زوجة نفسه، فالأب والجدّ سيان في أن كلاً منهما يقسط أم نفسه **(والأب)** يفارق الجد فيما سبق **(في)** مسألتي **(زوج أو زوجة وأبوين)** فإن الأب فيهما **(يرد الأم من الثلث إلى ثلث الباقي ولا يردّها الجد)** بل تأخذ معه الثلث كاملاً لأن الجد لا يساويها في الدرجة فلا يلزم تفضيله عليها بخلاف الأب.

تنبيه: لا ينحصر الاستثناء فيما ذكره بل يفارقه أيضاً في أن الأب لا يرث معه إلا جدة واحدة والجد يرث معه جدتان، ومع أبي الجد ثلاث، ومع جد الجد أربع، وهكذا كلما علا الجد درجة زاد فيمن يرث معه جدة **(وللجدة السدس)** كما مرّ، وذكر توطئة لقوله: **(وكذا الجدات)** يعني الجدتين فأكثر لما روى الحاكم، وقال: صحيح على شرط الشيخين «أَنَّهُ ﷺ قَضَى لِلْجَدَّتَيْنِ مِنَ الْمِيرَاثِ بِالسُّدُسِ»(١) وسواء استوين في الإدلاء أم زادت إحداهما بجهة: مثاله في ذات جهتين تزوّج ابن ابن هند ببنت بنتها فأتى منها بولد فهند أم أم أم الولد، وأم أبي أبيه فهي جدة من جهتين فهي ذات جهتين، فإذا مات هذا الولد عنها وعن أم أم أبيه وهي ذات جهة واحدة فلا تفضل هند عليها، بل السدس بينهما بالسوية على الصحيح باعتبار الأبدان، وفي مراسيل أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام أعطى السدس لثلاث جدات، وحكى الإمام فيه

---

(١) أخرجه أبو داود ٣/١٢٢ في الفرائض (٢٨٩٥).
وعزاه المزني في التحفة ٢/٨٧ للنسائي (١٩٨٥).
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/٢٣٤ ـ ٢٣٥ في الفرائض وابن الجارود في المنتقى (٩٦٠).
وصححه ابن خزيمة وابن الجارود وقواه ابن عدي.

وَتَرِثُ مِنْهُنَّ أُمُّ الأُمِّ وأُمَّهَاتُهَا المُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ خُلَّصٍ، وَأُمُّ الأَبِ وأُمَّهَاتُهَا كَذٰلِكَ وَكَذَا أُمُّ أَبِي الأَبِ وأُمُّ الأَجْدَادِ فَوْقَهُ وأُمَّهَاتُهُنَّ عَلَى المَشْهُورِ، وَضَابِطُهُ كُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بِمَحْضِ إِنَاثٍ أَوْ ذُكُورٍ أَوْ إِنَاثٍ إِلَى ذُكُورٍ تَرِثُ، وَمَنْ أَدْلَتْ بِذَكَرٍ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ فَلاَ.

إجماع الصحابة **(وترث منهنّ)** جزماً **(أم الأم وأمهاتها المدليات بإناث خلص)** كأم أم الأم وإن علت **(وأم الأب وأمهاتها كذلك)** أي المدليات بإناث خلص كأم أم الأب **(وكذا أم أبي الأب وأم الأجداد فوقه وأمهاتهنّ على المشهور)** لأنهنّ جدات يدلين بوارث فيرثن كأم الأب. والثاني: لا يرثن لإدلائهنّ بجدّ فأشبهن أم أبي الأم **(وضابطه)** أي إرث الجدات الوارثات، هو **(كل جدة أدلت)** أي وصلت **(بمحض إناث)** كأم أم الأم **(أو ذكور)** كأم أبي الأب **(أو إناث إلى ذكور)** كأم أم الأب **(ترث، ومن أدلت بذكر بين أنثيين)** كأم أبي الأم **(فلا)** ترث كما لا يرث ذلك الذكر، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع.

تنبيه: في معرفة بيان إرث الجدّات الوارثات إذا تعدّدن. اعلم أنه إذا اجتمع جدّات فالوارث منهنّ من قبل الأمّ واحدة أبداً، وإنما يقع التعدّد في التي من قبل الأب، ويتعدّد ذلك بتعدّد الدرجة، وإيضاح ذلك أن الواقع في الدرجة الأولى منك أبوك وأمك، ثم لكل منهما أب وأم، فالأربعة الذين هم في الدرجة الثانية هم الدرجة الأولى من درجات الجدودة ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية، وفي الرابعة ستة عشر، وفي الخامسة اثنان وثلاثون وهكذا، فإذا وصلت إلى العاشرة كان فيها ألف وأربعة وعشرون جدّة، والنصف من الأصول في كل درجة ذكور والنصف إناث وهنّ الجدّات، فإذا كان في الدرجة الثانية من الأصول جدّتان، وفي الثالثة أربع، وفي الرابعة ثمان، وفي الخامسة ستة عشر، وفي العاشرة خمسمائة واثنا عشر جدّة، ثم منهنّ وارثات وغير وارثات، فإذا سئلت عن عدد من الجدّات الوارثات على أقرب ما يمكن من المنازل فاجعل درجتهنّ بعدد السؤال عنه ومحض نسبة الأولى إلى الميت أمهات ثم أبدل من آخر نسبة الثانية أمّا بأب وفي آخر نسبة الثالثة أمّين بأبوين، وهكذا تنقص من الأمهات وتزيد في الآباء حتى يتمحض نسبة الأخيرة أباً، مثاله: إذا سألت عن عشر جدّات وارثات فاجعل درجتهنّ عشرة. الأولى: مدلية بالأمومة وهي أم أم أم أم أم أم أم أم أم أم. الثانية: أم أم أم أم أم أم أم أم أم أب. الثالثة: أم أم أم أم أم أم أم أم أبي أب. الرابعة: أم أم أم أم أم أم أبي أبي أب. الخامسة: أم أم أم أم أم أم أبي أبي أبي أب. السادسة: أم أم أم أم أبي أبي أبي أبي أب. السابعة: أم أم أم أم أبي أبي أبي أبي أبي أب. الثامنة: أم أم أم أبي أبي أبي أبي أبي أب. التاسعة: أم أم أبي أبي أبي أبي أبي أبي أب. العاشرة: أم أبي أبي أبي أبي أبي أبي أبي أب،

ثم الوارثات في كل درجة من درجات الأصول بعدد تلك الدرجة، ففي الدرجة الثانية اثنتان، وفي الثالثة ثلاث، وفي الرابعة أربع، وفي الخامسة خمس وهكذا في كل درجة لا تزيد

فَصْلٌ

الإِخْوَةُ والأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ إِنِ انْفَرَدُوا وَرِثُوا كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ وَكَذَا إِنْ كَانُوا لِأَبٍ إِلَّا فِي المُشَرَّكَةِ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَوَلَدَا أُمٍّ وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ، فَيُشَارِكُ الأَخُ وَلَدَيِ الأُمِّ فِي الثُّلُثِ وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الأَخِ أَخٌ لِأَبٍ سَقَطَ،

إلا وارثة واحدة وإن تضاعف عددهنّ في كل درجة وسببه أن الجدّات ما بلغن نصفهنّ من قبل الأم ونصفهنّ من قبل الأب، فإذا صعدت درجة تبدّلت كل واحدة منهنّ بأمّها وزادت أم الجدّ الذي صعدت إليه،

فَصْلٌ

في إرث الحواشي (**الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا**) عن الإخوة والأخوات للأب (**ورثوا كأولاد الصلب**) فللذكر الواحد فأكثر كل المال، وللأنثى النصف وللثنتين فصاعداً الثلثان، وعند اجتماع الصنفين للذكر مثل حظ الأنثيين (**وكذا إن كانوا**) أي الإخوة والأخوات (**لأب**) وانفردوا عن الإخوة والأخوات للأبوين ورثوا كأولاد الصلب (**إلا**) أي لكن (**في المشركة**) بفتح الراء المشدّدة بخطه: أي المشرك فيها بين الشقيق وولدي الأمّ، وقيل بكسرها بمعنى فاعلة التشريك (**وهي زوج وأمّ**) أو جدّة (**وولدا أم**) فصاعداً (**وأخ لأبوين**) فأكثر (**فيشارك الأخ**) الشقيق ولو كان معه من يساويه من الإخوة والأخوات (**ولدي الأم في الثلث**) بإخوة الأمّ لاشتراكهم في القرابة التي ورثوا بها الفرض، فأشبه ما لو كان أولاد الأم بعضهم ابن عم فإنه يشارك بقرابة الأمّ وإن سقطت عصوبته، وتسمى هذه أيضاً بالحمارية؛ لأنها وقعت في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه فحرم الأشقاء فقالوا: هب أن أباهم كان حماراً ألسنا من أم واحدة؟ فشرك بينهم، وفي مستدرك الحاكم أن زيداً هو القائل: هب أن أباهم كان حماراً أمازادهم الأب إلا قرباً، وروى أن عمررضي الله تعالى عنه هو القائل ذلك، وروى أنه قضى بها زادهم الأب إلا قربا، وروي أن عمر رضي الله تعالى عنه هو القائل ذلك، وروي أنه قضى بها مرّة فلم يشرك، ثم قضى في العام الثاني فشرك فقيل: إنك أسقطته في العام الماضي فقال: ذاك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي، وتسمى المنبرية؛ لأنه سئل عنها وهو على المنبر، وروي هب أن أبانا كان حجراً ملقيّ في اليمّ، فعلى هذا تسمى الحجرية واليمية. وأصل المسألة ستة، وتصح من ثمانية عشر إذا لم يكن مع الأخ من يساويه، فإن كان معه أخت صحت من اثني عشر، ولا تفاضل بينه وبينها (**ولو كان بدل الأخ**) لأبوين (**أخ لأب سقط**) بالإجماع لأنه ليس له قرابة أمّ يشارك بها، ولو كان بدله أخت لأب فرض لها النصف وعالت، ولو كانتا اثنتين فأكثر فرض لهما أولهن الثلثان وأعيلت، ولو كان معهنّ أخ لأب سقط وأسقطهنّ، ولذلك سمي هذا الأخ الميشوم، ولو كان بدل الشقيق أخت شقيقة فرض لها النصف أو ثنتان فأكثر فرض لهما أولهنّ الثلثان أو خنثى شقيق فبتقدير ذكورته هي المشركة وتصح من ثمانية عشر كما مرّ، وبتقدير أنوثته تعول إلى تسعة وبينهما تداخل، فيصحان من

وَلَوِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ فَكَاجْتِمَاعِ أَوْلَادِ صُلْبٍ وأَوْلَادِ ابْنِهِ إِلَّا أَنَّ بَنَاتِ الابْنِ يُعَصِّبُهُنَّ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ، والأُخْتُ لَا يُعَصِّبُهَا إِلَّا أَخُوهَا، وَلِلْوَاحِدِ مِنَ الإِخْوَةِ أَوِ الأَخَوَاتِ لِأُمٍّ السُّدُسُ، وَلِاثْنَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثُ سَوَاءٌ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ وَالأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مَعَ الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الِابْنِ عَصَبَةٌ كَالإِخْوَةِ،

ثمانية عشر، وإلا ضرّ في حقه ذكورته وفي حق الزوج والأمّ أنوثته، ويستوي في حق ولدي الأمّ الأمران، فإذا قسمت يفضل أربعة موقوفة بينه وبين الزوج والأمّ، فإن كان أنثى أخذها أو ذكراً أخذ الزوج ثلاثة والأمّ واحداً (**ولو اجتمع الصنفان**) من الإخوة لأبوين والإخوة لأب (**فكاجتماع أولاد الصلب وأولاد ابنه**) فإن كان من أولاد الأبوين ذكر، ولو مع أنثى حجب أولاد الأب أو أنثى فلها النصف والباقي لأولاد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن لم يكن من ولد الأب إلا أنثى أو إناث فلها أولهنّ السدس تكملة الثلثين، وإن كان ولد الأبوين اثنتين فأكثر فلهما أو لهنّ الثلثان والباقي لولد الأب الذكور فقط أو الذكور والإناث، ولا شيء للإناث الخلص منهما مع الأختين لأبوين فأكثر (**إلا أن بنات الابن يعصبهنّ من في درجتهنّ أو أسفل**) منهنّ كما مر (**والأخت لا يعصبها إلا أخوها**) لا ابن الأخ ولا ابن العم، فلو خلف شخص أختين لأبوين وأختا لأب وابن أخ لأب، فللأختين الثلثان والباقي لابن الأخ، ولا يعصب الأخت لأنه لا يعصب أخته فلا يعصب عمته، وأيضاً ابن الابن يسمى ابناً حقيقة أو مجازاً وابن الأخ لا يسمى أخاً، وسكت المصنف عما لو اجتمع أخ لأبوين ولأب ولأمّ، وحكمهم أن للأخ للأمّ السدس والباقي للشقيق ولا شيء للأخ للأب، فإن كان الجميع إناثاً كان للشقيقة النصف وللتي للأب السدس تكملة الثلثين وللتي للأمّ السدس (**وللواحد من الإخوة أو الأخوات لأمّ السدس، ولاثنين**) منهم (**فصاعداً الثلث سواء ذكورهم وإناثهم**) بالإجماع، ولأنهم يشتركون بالرّحم فاستووا كالأبوين مع الولد فإنهما يشتركان في الثلث، وبهذا فارقوا الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب، فإن للذكر مثل حظ الأنثيين لأنهم يرثون بالعصوبة.

تنبيه: قال الفرضيون: أولاد الأمّ يخالفون بقية الورثة في خمسة أشياء: أحدها: ذكرهم يدلى بأنثى ويرث. ثانيها: يحجبون من يدلون به حجب نقصان. ثالثها: يرثون مع من يدلون به. رابعها: تقاسمهم بالسوية. خامسها: ذكرهم المنفرد كأنثاهم المنفردة، ولما سبقت الإشارة إلى العصبة بغيره في اجتماع البنات مع البنين أشار هنا إلى العصبة مع غيره وهو اجتماع الأخوات مع البنات فقال: (**والأخوات لأبوين أو لأب مع البنات وبنات الابن عصبة كالإخوة**) لما روي البخاري أن ابن مسعود رضي الله عنه سئل عن بنت وبنت ابن وأخت، فقال: لأقضين فيها بما قضى رسول الله ﷺ: للابنة النصف ولابنة الابن السدس وما بقي فللأخت. قال الإمام: ولأنه إذا كان في المسألة بنتان أو بنات ابن وأخوات أخذ البنات أو بنات

فَتُسْقِطُ أُخْتُ لِأَبَوْيْنِ مَعَ الْبِنْتِ الأَخَوَاتِ لِأَبٍ، وَبَنُو الإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ كُلٌّ مِنْهُمْ كَأَبِيهِ اجْتِماعاً وانْفِرَاداً لَكِنْ يُخَالِفُونَهُمْ فِي أَنَّهُمْ لاَ يَرُدُّونَ الأُمَّ إِلَى السُّدُسِ وَلاَ يَرِثُونَ مَعَ الجَدِّ ولاَ يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ وَيَسْقُطُونَ في المُشَرَّكَةِ، والْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ كَأَخٍ مِنَ الْجِهَتَيْنِ اجْتِمَاعاً وانْفِرَاداً

الابن الثلثين، فلو فرضنا للأخوات وأعلنا المسألة نقص نصيب البنات أو بنات الابن، فاستبعدوا أن تزاحم الأصوات الأولاد أو أولاد الابن ولم يمكن إسقاطهنّ فجعل عصبات ليدخل النقص عليهنّ خاصة. ثم بين فائدة كونها عصبة بقوله: **(فتسقط أخت لأبوين)** اجتمعت **(مع البنت)** أو بنت الابن أو معهما الإخوة و **(الأخوات لأب)** كما يسقطهم الأخ الشقيق.

تنبيه: لو قال بدل الأخوات لأب: أولاد الأب لكان أولى ليشمل ما قدّرته، ولو كان مع الأخت الشقيقة أخ شقيق عصبها وكان الباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين لئلا يلزم مخالفة أصل أن للذكر ضعف ما للأنثى، ولأن تعصيبها إنما هو للضرورة كما مرّ **(وبنو الإخوة لأبوين أو لأب كل منهم)** حكمه في **الإرث** **(كأبيه اجتماعاً وانفراداً)** فيستغرق الواحد أو الجمع منهم المال عند الانفراد ويأخذ ما فضل عن الفروض، وعند اجتماعهم يسقط ابن الشقيق ابن الأخ للأب **(لكن يخالفونهم)** أي آباءهم **(في أنهم لا يردون الأمّ)** من الثلث **(إلى السدس)** بخلاف آبائهم، لأن الله تعالى أعطاها الثلث حيث لا إخوة، وهذا الاسم لا يصدق على بنيهم كما مرّ **(ولا يرثون مع الجدّ)** بل يسقطون به وآباؤهم يرثون معه لأن الجدّ كالأخ بدليل تقاسمهما إذا اجتمعا، وإذا كان كالأخ فلا يرث ابن الأخ معه لأنه أقرب منه **(ولا يعصبون أخواتهم)** لأنهم من ذوي الأرحام **(ويسقطون في المشركة)** بخلاف آبائهم الأشقاء، لأن مأخذ التشريك قرابة الأمّ، وهي مفقودة في ابن الأخ، وهذه المخالفة مختصة ببني الإخوة للأبوين كما قرّرته تبعاً للمحرّر لأن الإخوة لأب وبنيهم سيان في ذلك كما مرّ.

تنبيه: قد اقتصر المصنف تبعاً للرّافعي على استثناء هذه الصور الأربع، وزاد في الروضة ثلاث صور أخر: الأولى: الإخوة لأبوين يحجبون الإخوة لأب وأولادهم لا يحجبونهم. الثانية: الأخ للأب يحجب ابن الأخ الشقيق وابنه لا يحجبه. الثالثة: بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كنّ عصبات مع البنات.

فائدة: الإخوة والإخوان: جمع أخ، سواء في ذلك أخو النسب وأخو الصداقة. وقال أهل البصرة: الإخوة في النسب والإخوان في الأصدقاء. قال أبو حاتم: وهذا غلط، بل كل يستعمل فيهما **(والعمّ لأبوين ولأب)** حكمه في الإرث **(كالأخ من الجهتين اجتماعاً وانفراداً)** منصوبان بنزع الخافض: أي في الاجتماع والانفراد أو على التمييز: أي من جهة الاجتماع والانفراد، فمن انفرد منهما استغرق المال وإلا أخذ الباقي بعد الفرض، وإذا اجتمعا سقط

وَكَذَا قِيَاسُ بَنِي الْعَمِّ وسَائِرِ عَصَبَةِ النَّسَبِ، والْعَصَبَةُ مَنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ مِنَ الْمُجْمَعِ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ، فَيَرِثُ المالَ أَوْ مَا فَضَلَ بَعْدَ الْفُرُوضِ.

العمّ لأب بالعمّ لأبوين كأخ من أب مع أخ لأبوين، هذا عند عدم بني الإخوة، لأنهم يحجبونهم لتأخر رتبتهم عنهم (**وكذا قياس بني العمّ**) من الأبوين أو من الأب عند عدم العمّ كبني الإخوة (و) كذا قياس (**سائر**) أي باقي (**عصبة النسب**) كبني بني العَمِّ وبني بني الإخوة وهلمَّ جَرًّا. فإن قيل: يرد على المصنف بنو الأخوات اللواتي هنّ عصبة مع البنات مع أن بنيهنّ ليسوا مثلهنّ وهنّ من عصبة النسب؟ أجيب بأن الكلام في العصبة بنفسه (**والعصبة**) ويسمى به الواحد والجمع والمذكر والمؤنث قاله المطرزي وتبعهم المصنف، وأنكر ابن الصلاح إطلاقه على الواحد لأنه جمع عاصب، ومعنى العصبة لغة قرابة الرجل لأبيه، وشرعاً كما قال المصنف (**من ليس له**) حال التعصيب بجهة التعصيب (**سهم مقدّر من**) الورثة (**المجمع على توريثهم**) وغيرهم من ذوي الأرحام، وإنما قيدت المقدر بجهة التعصيب لئلا يرد ابن عمّ هو زوج أو أخ لأمّ لأن ما يأخذه فرضاً ليس من جهة التعصيب بل من جهة الزوجية أو أخوة الأمّ، ويدخل في ذلك الأب والجدّ والأخوات مع البنات، وأدخلت في كلامه ذوي الأرحام، إذ الصحيح في توريثهم مذهب أهل التنزيل كما مرّ فإنهم ينزلون كلاً منهم منزلة من يدلى به، وهم ينقسمون إلى ذوي فرض وعصبات.

تنبيه: كل من ذكره من الرجال عصبة إلا الزوج والأخ للأمّ، وكل من ذكره من النساء ذات فرض إلا المعتقة، ثم ذكر المصنف بعد تعريف العصبة حكمه بقوله: (**فيرث المال**) وما ألحق به إذا انفرد، وذلك في بعض أحواله حيث لم يكن معه ذو فرض، ولم ينتظم في صورة ذوي الأرحام بيت المال (**أو ما فضل بعد الفروض**) أو الفرض، إن كان معه ذو فرض أو ذو فروض: أي سهم مقدّر ولم ينتظم في تلك الصورة بيت المال وكان ذو الفرض فيها أحد الزوجين، وتقدّم بيان من له فرض، ومن حكم العاصب أيضاً أنه يسقط عند استغراق الفروض كما سبق إلا إذا انقلب إلى فرض كالشقيق في المشركة، ومن حكمه أيضاً أن قريب الجهة فيه مقدّم على القريب للميت، فلو مات عن ابن ابن أخ وابن عمّ، فالأوّل أولى كما قاله القاضي حسين.

تنبيه: قوله: فيرث المال صادق بالعصبة بنفسه، وهو ما تقدّم وبنفسه وغيره معاً، والعصبة بغيره هنّ البنات والأخوات غير ولد الأمّ مع أخيهنّ، وقوله: أو ما فضل إلخ صادق بذلك، وبالعصبة مع غيره، وهنّ الأخوات مع البنات وبنات الابن، فليس لهنّ حال يستغرقن فيها المال، والفرق بين العصبة بغيره والعصبة مع غيره أن في الأوّل لحمة عصبة بخلاف الثاني.

فَصْلٌ

مَنْ لَا عَصَبَةَ لَهُ بِنَسَبٍ وَلَهُ مُعْتِقٌ فَمَالُهُ أَوِ الْفَاضِلُ عَنِ الْفُرُوضِ لَهُ رَجُلًا كَانَ أَوِ امْرَأَةً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِعَصَبَتِهِ بِنَسَبِ الْمُتَعَصِّبِينَ بِأَنْفُسِهِمْ لَا لِبِنْتِهِ وَأُخْتِهِ، وَتَرْتِيبُهُمْ كَتَرْتِيبِهِمْ فِي النَّسَبِ لَكِنِ الْأَظْهَرُ أَنَّ أَخَا الْمُعْتِقِ وَابْنَ أَخِيهِ يُقَدَّمَانِ عَلَى جَدِّهِ،

فَصْلٌ

في الإرث بالولاء (من) مات و(لا عصبة له بنسب وله معتق فماله) وما ألحق به كله لمعتقه (أو الفاضل) منه (عن) الفرض أو (الفروض له رجلاً كان) المعتق (أو امرأة) لإطلاق قوله ﷺ: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»(١) ولأن الإنعام بالإعتاق موجود من الرجل والمرأة فاستويا في الإرث، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع وإنما قدّم النسب عليه لقوّته، ويرشد إليه حديث: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»(٢) شبه به والمشبه دون المشبه به (فإن لم يكن) أي يوجد معتق (فلعصبته) أي المعتق (بنسب المتعصبين بأنفسهم) كابنه وأخيه (لا لبنته وأخته) ولو مع أخويهما المعصبين لهما لأنهما من أصحاب الفروض ولا للعصبة مع غيره. والمعنى فيه كما قاله ابن سريج أن الولاء أضعف من النسب المتراخي، وإذا تراخى النسب ورث الذكور دون الإناث كبني الأخ وبني العمّ دون أخواتهم، فإذا لم ترث بنت الأخ وبنت العمّ فبنت المعتق أولى أن لا ترث لأنها أبعد منهما، والمعتبر أقرب عصباته يوم موت العتيق، فلو مات المعتق وخلف ابنين ثم مات أحدهما وخلف ابناً ثم مات العتيق فولاؤه لابن المعتق دون ابن ابنه.

تنبيه: كلام المصنف كالصريح في أن الولاء لا يثبت للعصبة في حياة المعتق بل إنما يثبت بعده. قال البلقيني: وليس كذلك، بل الولاء ثابت لهم في حياة المعتق على المذهب المنصوص في الأمّ، إذ لو لم يثبت لهم الولاء إلا بعد موته لم يرثوا. وقال السبكي: يتلخص للأصحاب فيه وجهان: أصحهما: أنه لهم معه، لكن هو المقدّم فيما يمكن جعله له كإرث المال ونحوه، والثاني: لا يكون إلا بعد موته لا بطريق الانتقال الذي هو الإرث (وترتيبهم) أي عصبات المعتق (كترتيبهم في النسب) فيقدّم ابن المعتق ثم ابنه وإن سفل ثم أبوه ثم جدّه وإن علا، وهكذا (لكن الأظهر أن أخا المعتق) لأبوين أو لأب (وابن أخيه) لهما (يقدّمان على جدّه) جرياً على القياس في أن البنوّة أقوى من الأبوّة، وإنما خولف في النسب لإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم على أن الأخ لا يسقط الجدّ، ولا إجماع في الولاء فصرنا إلى القياس، والثاني: أنهما يستويان كالنسب، ويجري فيه القولان في العمّ وأبي الجدّ، وفي كل عمّ اجتمع

(١) أخرجه البخاري ٤/٣٧٦ (٢١٦٨) ومسلم ٢/١١٤١ (٦ ـ ١٥٠٤).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن ٦/٢٤٠ وعبد الرزاق في المصنف (١٦١٤٩) وابن عبد البر في التمهيد ٣/٦٩ والشافعي في المسند (٣٣٨) والخطيب في التاريخ ١٢/٦٢ والحاكم في المستدرك ٤/٣٤١.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَـهُ عَصَبَةٌ فَلِمُعْتِقِ الْمُعْتِقِ ثُمَّ عَصَبَتُـهُ كَذٰلِـكَ، وَلَا تَرِثُ امْـرَأَةٌ بِوَلَاءٍ إِلَّا مُعْتَقَهَـا أَوْ مُنْتَمِياً إِلَيْهِ بِنَسَبٍ أَوْ وَلَاءٍ.

فَصْلٌ

إِذَا اجْتَمَعَ جَدٌّ

مـع جدّ إذا أدلى العمّ بـأب دون ذلك الجـدّ. قال البلقيني وغيـره: وكذا في ابن العمّ مـع أبي الجدّ، ويفارق العتق أيضاً النسب فيما لو كان للمعتق ابنا عمّ: أحدهما: أخ لأمّ فإنـه يقدّم هنـا بخلاف النسب فإنهما سواء بعد إخراج الفرض، والفرق أن الأخ لـلأمّ في النسب يرث فـأعطى فرضه واستويا في الباقي بالعصوبة، وفي الولاء لا يرث بالفرض، فـرجح من يـدلي بقرابـة الأمّ لتمحضهـا للتـرجيـح (**فـإن لم يكن لــه**) أي المعتق (**عصبـة**) من النسب (**فلمعتق المعتق، ثم عصبته**) أي عصبة معتق المعتق (**كذلك**) أي على الترتيب المذكور في عصبة المعتق ثمّ **لمعتق** معتق المعتق ثمّ لعصبته، وعلى هذا القيـاس ثم بيت المال (**ولا تـرث امرأة بـولاء إلا معتقها**) بفتح التاء بخطه، وهو من أعتقته لإطلاق الحديث المارّ: «إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

تنبيه: قد يشعر قوله: معتقها إخراج من عتق عليها من أصولها أو فروعها بالملك، وليس مـراداً، بل لـه لها ولاؤه اتِّفـاقاً (**أو منتميـاً إليه**) أي معتقهـا (**بنسب**) كابنـه وإن سفـل (**أو ولاء**) كمعتقه بفتح المثناة، ويشركها الرجل في ذلك مع زيادة، وهو كونه عصبة معتق من النسب.

تنبيه: استثنى في التنبيه صورة ثالثة، وهي جرّ الولاء إليهـا. وصورتهـا أن يتزوّج عبـدها بمعتقه لرجل فيأتي بولد فولاء الولد لموالي الأمّ، فإذا أعتقت المرأة عبـدها وهـو أبو الـولد جـرّ الأب ولاء الولد إلى المرأة، ولو اشترت بنت أباها فعتق عليها ثم اشتـرى الأب عبداً وأعتقـه ثم مـات الأب عنها وعن ابن لـه ثم عتيقه عنهمـا فميراثـه لـلابن دون البنت لأنـه عصبـة معتق من النسب والبنت معتقة المعتق، والأوّل أقوى، وتسمى هذه مسألة القضاة لمـا قيل إنـه أخطأفيهـا أربعمائة قـاض غير المتفقهـة حيث جعلوا الميراث للبنت، وغفلوا عن كـون عصبة المعتق من النسب مقدماً على معتق المعتق، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جدّه.

فَصْلٌ

في ميراث الجدّ مع الإخوة والأخوات[1] بالتفصيل المذكور في قولـه: (**إذا اجتمع جـدّ**)

---

(١) الجد الصحيح هو الذي لم يدخل في نسبتـه إلى الميت أنثى وهو أب الأب وإن عـلا وهو حقيقـة في الجد الأدنى مجاز في غيره.

وهذا المبحث خطير جداً، ومن ثم كان الصحابة يتحاشون الكلام فيه، فقد روي عن علي ـ كرم الله وجهه ـ «من سنّ أن يقتحم جراثيم جهنم فليقض بين الجد والإخوة».

وعن سعيد بن المسيب إن عمر رضي الله عنهما سأل النبي ﷺ عن نصيب الجد فقال ﷺ: «إن لأظنك

وَإِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ

أو أبـوه (وإخوة) بكسـر الهمزة وضمهـا (وأخوات) فـإن كـانـوا لأمّ سقـطوا كمـا مـرّ في فصـل

= تموت قبل أن تعلمه».

قال سعيد: فمات عمر ولم يعلمه، وروي عن ابن مسعود قال: «سلونا عن عضلكم واتركونا من الجد لا حياه الله ولا بياه».

وقال عمر بن الخطاب: «أجرؤكم على قسم الجد أجرؤكم على النار».

وروي أنه لما طعنه أبو لؤلؤة وأشرف على الموت قال للناس: احفظوا عني ثلاثاً: لا أقول في الكلالة شيئاً، ولا أقول في الجد شيئاً، ولا أستخلف عليكم أحداً.

وهذا التحذير والوعيد وما قيل في شأنه في ذلك الوقت إنما هو قبل تدوين المذاهب الأربعة واستقرار الأمر عليها، وإلا فحكم الجد مع الإخوة والأخوات صار جلياً واضحاً بعد تدوينها واستقرار الأمر عليها عند كل مجتهد من الأئمة الأربعة ومقلديهم، ولا صعوبة حينئذ في الإفتاء.

وأما ما صدر عن الصحابة فكان لاشتباه الأمر في الجد لعدم ورود نص صريح فيه.

ولذلك اختلفوا هم ومن بعدهم في سقوط الإخوة والأخوات بالجد، فروي عن أبي بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأُبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عن الجميع.

أن الجد يسقط الإخوة والأخوات كالأب.

وقال به من التابعين عطاء وطاووس والحسن، ومن الفقهاء أبو حنيفة والمـزني وأبو ثـور وإسحاق وابن شـريح وداود رضي الله عنهم، وخـالفهم في ذلك الجمهـور، ومنهم الخلفاء الثـلاثـة عمـر وعثمـان وعلي رضي الله عنهم، وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمران بن الحصين رضي الله عنهم.

فقالوا: إن الجد يقاسم الإخوة والأخوات، ولا يسقطهم.

وقـال به من التـابعين شريـح والشعبي ومسروق وعبـادة السلماني، ومن الفقهـاء الشـافعي ومـالـك والأوزاعي والثوري وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل.

استدل الجمهور على مذهبهم بوجوه:

أولاً: قوله تعالى: ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون﴾.

وقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾.

والجد والإخوة يدخلون في عموم الآيتين، فلم يجز أن يُخص الجد بالميراث دون الإخوة والأخوات.

ثانياً: إن الأخ عصبته يقاسم أخته، فلا يسقط بالجد قياساً على الابن، فإنه يعصب أخته، ولا يسقط بالجد.

أما من عدمت فيه العلة فيسقط بالجـد كبني الإخوة، فـإنهم لا يعصبون أختهم، ولـذلك يسقـطون بالجد.

فإن قيل: هذا التعليل فاسد؛ لأن الأخ وإن عصب أختـه يسقط بالأب مـع أن الأب لا يعصب أخته، فكذلك لا يمتنع أن يسقط بالجد الذي لا يعصب أخته.

أجيب بأنهم إنما سقطوا بالأب لإدلائهم به، والجد عدم فيه هذا المعنى.

ثالثاً: إن قوة الأبناء مكتسبة من قوة الآباء، فلما كان بنو الإخـوة لا يسقطون مـع بني الجد، فكـذلك الإخوة لا يسقطون مع الجد.

فإن قيل: هذا الدليل يقتضي أن تكون الإخوة مسقطين للجد كما أن بني الإخوة يسقطون بني الجد وهم الأعمام. =

لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ،

الحجب، وإن كانوا (لأبوين أو لأب) لم يسقطوا به على الصحيح. ثم آعْلَمْ أن القول في

= أجيب: بأن أقمنا الدليل على ميراث الإخوة لا على من سقط بالإخوة، وقد دل الدليل المقام على ميراثهم فصح.

رابعاً: إن كل من لا يحجب الأم إلى ثلث الباقي لا يحجب الإخوة كالعم، وكل من يحجب الأم إلى ثلث الباقي يحجب الإخوة حرماناً كالأب والجد من النوع الأول فلا يحجب الإخوة.

خامساً: إن كل شخصين يُدليان إلى الميت بشخص واحد لم يسقط أحدهما بالآخر كالأخوين وكابني الابن، ولا شك إن الأخ والجد كلاهما يدلي بالأب.

سادساً: إن تعصيب الإخوة كتعصيب الأولاد؛ لأنهم يعصبون أخواتهم، وأيضاً يحجبون الأم عن أعلى الواجبين مثل الأولاد، ويفرض النصف للأنثى منهم كالبنت، والجد في هذه الأحكام كلها بخلافهم، فلذلك كانوا بمقاسمة الجد أولى من سقوطهم.

سابعاً: إن كل شخصين اجتمعا في درجة واحدة، وكان أحدهما يجمع بين التعصيب والرحم والآخر ينفرد بالتعصيب دون الرحم كان المنفرد بالتعصيب وحده أقوى كالابن إذا اجتمع مع الأب، ولا شك أن الجد جامع الأمرين، والأخ مختص بأحدهما، فوجب أن يكون الأخ أقوى، ومعلوم أنهما في درجة واحدة؛ لأنهما يدليان جميعاً بالأب، فصار الأخ أقوى من الجد بما ذكر.

وأيضاً فإن الأخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالأبوة، فكان الأخ أقوى وكان مقتضى ما ذكر سقوط الجد بالإخوة ولكن صدنا عن ذلك الإجماع.

ووجه آخر وهو أن من يُدليان به وهو الأب لو كان هو الميت لخصَّ الجد من تركته السدس وخمسة أسداسها للابن.

وإذا كان الأخ أقوى من الجد بهذه المعاني كان أقل أحواله أن يشاركه في ميراثه.

ثامناً: ما روي أن عمر بن الخطاب مات ابنه عاصم وترك أولاداً ثم مات أحد أولاده فترك جده عمر وإخوته، فعلم عمر أنه أمر لا بد من النظر فيه بعد أن كان يكره أن يذكر فريضته في الجد، فقام في الناس وقال: هل فيكم من أحد سمع رسول الله ﷺ يقول في الجد شيئاً؟ فقال رجل، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يُسأل عن فريضة الجد، فأعطاه السدس، فقال عمر: مع مَنْ كان الورثة؟ فقال: لا أدري، فقال: لا وريث، ثم قام آخر فقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن فريضة الجد فأعطاه الثلث، فقال عمر: مع مَنْ كان من الورثة؟ فقال: لا أدري، قال: لا وريث ثم دعا زيد بن ثابت فقال له: إنه كان من رأيي ورأي أبي بكر قبلي أن أجعل الجد أولى من الأخ، فماذا ترى؟ فقال: يا أمير المؤمنين لا تعجل «شجرة أخرج منها غصن ثم خرج من الغص غصنان فبم تجعل الجد أولى من الأخ، وهما خرجا من الغصن الذي خرج من الجد؟» أي ولا شك أن أحد الغصنين أقرب إلى الآخر منه إلى أصل الشجرة، ألا ترى أنه إذا قطع أحدهما امتص الآخر مما كان يمتص المقطوع؟ ثم دعا عمر عليّ بن أبي طالب، وقال له: مثل مقالته لزيد. فقال علي: يا أمير المؤمنين لا تعجل، وإِذ سال ماءً تشعبت فيه شعبة ثم تشعبت من الشعبة شعبتان، فلو رجع ماء إحدى الشعبتين دخل في الشعبتين جميعاً فبم تجعل الجد أولى من الأخ؟

فقال عمر: لولا رأيكما أجمع ما رأيت أن يكون ابني، ولا أن أكون أباه، قال الشعبي: فجعل الجد أخاً مع الأخوين، ومع الأخ والأخت، فإذا كثروا ترك مقاسمتهم، وأخذ الثلث، وكان عمر رضي الله عنه أول جد ورث في الإسلام مع الأخوة.

واستدل المخالفون على مذهبهم بوجوه: =

ميراث الجَدِّ مع الإخوة خطير في الفرائض، ومسائله كثيرة الاِختلاف فيما بين الصحابة

= **الأول**: قال الله تعالى: ﴿واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق﴾.

وقال أيضاً: ﴿ملة أبيكم إبراهيم﴾.

وقال تعالى: ﴿أنتم وآباؤكم الأقدمون﴾.

وقال أيضاً: ﴿وكان أبوهما صالحاً﴾، ويقال: إنه كان سابع جدٍّ فسماه الله أباً في هذه المواضع، وإذا كان اسم الأب يطلق على الجد وجب أن يكون في الحكم كالأب.

وقد سمي الله ابن الابن ـ ابناً ـ كما في قوله تعالى:

﴿يا بني إسرائيل﴾ وقول النبي ﷺ: «ارموا بني إسماعيل، فإن أباكم كان رامياً».

والأبوة والبنوة من الأمور المتضايفة يمتنع ثبوت أحدهما بدون الآخر، فيمتنع ثبوت البنوة لابن الابن إلا مع ثبوت الأبوة لأب الأب وأجيب عن هذا ـ بأن الله تعالى أطلق اسم الأب على الجد توسعاً من باب المجاز دون الحقيقة ـ ألا ترى أن تسميته بالجد أظهر من تسميته بالأب، ولو قال قائل: هذا جد وليس بأب لم يكن مخطئاً.

ومعلوم أن الأحكام إنما تتعلق بالحقائق دون المجازات كما تسمى الجدة أمّاً، ولا تجري عليها أحكام الأم.

الثاني: قالوا: إن للميت طرفين أعلى وأدنى، فالأعلى الأب ومن علا، والأدنى الابن ومن سفل، فلما كان ابن الابن كالابن في حجب الأخوة، وجب أن يكون أب الأب كالأب في حجب الإخوة بطريق القياس.

والجواب عنه: أن ابن الابن لما كان كالابن في حجب الأم كان كالابن في حجب الإخوة، ولما كان الجد مخالفاً للأب في حجب الأم إلى ثلث الباقي ـ كان مخالفاً للأب في حجب الإخوة ـ.

الثالث: إن الجد عصبة لا يعقل فوجب أن يسقط العصبة التي تعقل كالابن.

ويجاب عن هذا ـ بأن استحقاق العقل دل على قوة التعصيب فلم يجز أن يجعل دليلاً على ضعفه ـ ألا ترى أن أقرب العصبات أتم بتحمل المعقل من الأباعد لقوة تعصيبهم وضعف الأباعد، وليس خروج الآباء والأبناء عن العقل عنه لمعنى يعود إلى التعصيب حتى يجعل دليلاً على القوة. كما لا يجوز أن يجعل دليلاً على الضعف.

وإنما أسقط الابن الإخوة المدلين بالأب لماله من القوة.

الرابع: إن الجد يدلي بالابن، والأخ يدلي بالأب، والابن أقوى، من الأب، فكان الإدلاء بالابن أقوى من الإدلاء بالأب.

والجواب عنه: إن إدلاء الأخ بالبنوة للميت وإدلاء الجد بالأبوة، فكان إدلاء الأخ أقوى.

الخامس: قالوا: إن للجد ولاية يستحقها لقوته في نكاح الصغيرة وعلى مالها. ويضيف الأخ عن ذلك.

ويجاب عن هذا: إن ذلك ليس من دلائل القوة في الميراث، ألا ترى أن الابن لا يلي ولا يزوج، وهو أقوى من الأب، وإن ولي وزوج؟!

السادس: إن الأخ لو قاسم الجد لوجب أن يقتسما في كل فريضة ورث فيها جد كمايقاسم الأخ أخاه في كل فريضة ورث فيها أخ، فلما لم يقاسم الجدَّ في كل المواضع لا يقاسمه في بعضها.

وأجيب عنه: بأن كل موضع ورث الجد فيه بالتعصيب الذي شاركه الأخ فيه، فإنه يشاركه في ميراثه لاستوائهما فيه (سببه) وإنما لا يشاركه في الموضع الذي يرث الجد فيه بالرحم؛ لأنه ليس للأخ رحم يساويه فيها.

السابع: قالوا: إن الجد في مقاسمة الإخوة لا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يكون كالأخ الشقيق أو كالأخ لأب أو أقوى منهما، ولا يجوز أن يكون أضعف منهما؛ لأنه لا يسقط بهم، فلو كان كالأخ للأب والأم =

رضي الله عنهم فمن بعدهم وكانوا يحذرون من الخوض فيها، وورد في حديث: «أَجْرؤُكُمْ عَلَى قَسْمِ الجَدِّ أَجْرؤُكُمْ عَلَى النَّارِ»(١). قال الدَّارَقُطْنِيُّ كما نقله عنه القاضي أبو الطيب: لا يصح رفعه، وإنما هو عن عمر أو عليّ رضي الله عنهما، وروي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: من سرّه أن يقتحم جراثيم جهنم فليقض في الجد والإخوة، وعن ابن مسعود رضي الله عنه: سَلُوني عَمَّا شِئْتُمْ مِنْ عَصَبَاتِكُمْ، وَلاَ تَسْأَلُوني عَنِ الجَدِّ وَالإِخْوَةِ لاَ حَيَّاهُ اللَّهُ وَلاَ بَيَّاهُ. قال الماوردي: وأوّل من ورّث الجدّ مع الإخوة في الإسلام عمر رضي الله تعالى عنه، ثم بعد اختلافهم أجمعوا على أن الإخوة لا تسقط الجدّ. قال ابن عبد البرّ: لم يخالف إلا فرقة من

= لم يرث معه الأخ للأب، ولو كان كالأخ للأب لما ورث مع الشقيق، وإذا امتنع بما ذكر أن يكون، كأحدهما تعين أنه أقوى منهما.

والجواب عنه: إن الجد والإخوة يشتركان في الإدلاء بالأب فلم يضعف عنه الأخ للأب بعدم الأم لمساواته فيما أدلى به، كما لم يقو عليه الأخ الشقيق بأمه لعدم اعتبار الأم في الإدلاء، وليس كذلك حال الإخوة بعضهم مع بعض؛ لأنهم يدلون بكل واحد من الأبوين، فكان من جمعهما أقوى ممن انفرد بأحدهما.

وإذا علمت ما تقدم. فمذهب المخالفين ظاهر.

وأما مذهب الجمهور فحاصله: أن للجد مع الإخوة والأخوات حالتين:

الأولى: إذا لم يكن معهم صاحب فرض فللجد خير الأمرين من مقاسمة الإخوة ذكوراً أو إناثاً أو مختلطين، فيكون معهم كواحد منهم، حتى أنه يعصب إناثهم الخلص، فيأخذ مثلي الأنثى أو يكون له ثلث التركة والباقي لهم.

أما وجه المقاسمة؛ فلأنها الأصل في جعلهم في درجة واحدة، وأما وجه إعطائه الثلث إذا كان خيراً له فلأن الأم والجد إذا اجتمعا فإن لم يبق أكثر من السدس والحالة هذه فلا يخلو من أحوال ثلاثة، إما أن تستغرق الفروض التركة، أو يبقى بعدها السدس فقط أو أقل منه.

فإن استغرقت ولا تتصور إلا والمسألة عائلة: كزوج وبنتين، وأم، وجد، وأخ، فللزوج الربع، وللبنتين الثلثان، وللأم السدس، وأصلها من اثني عشر، وعالت إلى ثلاثة عشر، فاستغرقت الفروض قبل اعتبار الجد، وهنا يفرض للجد السدس، ويزاد في العول إلى خمسة عشر.

ويسقط الأخ لأنه عصبة لم يبق له شيء.

وإن بقي السدس بعد الفروض، فيدفع السدس للجد فرضاً لا عصوبة وإلا لشاركه الإخوة فيه، فيأخذ أقل من السدس، وهو ممتنع كزوج، وأم، وجد، وأخ.

فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس.

والمسألة من ستة، ولا شيء للأخ؛ لأنه عصبة لم يبق له من التركة شيء أما إذا بقي بعد الفروض أقل من السدس. فيعال للجد بتمام السدس كبنتين، وزوج، وجد، وأخ.

فللبنتين الثلثان، وللزوج الربع، والمسألة من اثني عشر، ومجموعها أحد عشر، فيبقى واحد وهو نصف السدس، فيعال للجد بتمام السدس إلى ثلاثة عشر، ويسقط الأخ في هذه الصورة؛ لأنه عصبة لم يبق له شيء.

وفي هذه الأحوال الثلاثة لو كان موضع الأخ إخوة اثنان فأكثر، أو أخوات، أو إخوة وأخوات كذلك، لسقطوا كلهم، وكذا لو كان بدله أخت لسقطت إلا في الأكدرية.

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٥٥) وذكره المتقي الهندي في كنز العمال (٢٨٩٦١).

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ فَلَهُ الأَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِ المَالِ وَمُقَاسَمَتِهِمْ كَأَخٍ، فَإِنْ أَخَذَ الثُّلُثَ فَالْبَاقِي لَهُمْ، وَإِنْ كَانَ فَلَهُ الأَكْثَرُ مِنْ سُدُسِ التَّرِكَةِ وَثُلُثِ الْبَاقِي وَالمُقَاسَمَةِ، وَقَدْ لَا يَبْقَى شَيْءٌ كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ وَزَوْجٍ

المعتزلة، واختلفوا بعد ذلك على مذهبين: أحدهما أن الجدّ بمنزلة الأب فيحجب الإخوة والأخوات، وهو قول أبي بكر وابن عباس وعائشة وجماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه يسمى أباً، ولأنه يأخذ السدس مع الابن وابن الابن كالأب فأسقط الإخوة، والمذهب الثاني أنه يشارك الإخوة، وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم أجمعين، وبه قال الأئمة الثلاثة، ولذلك قال المصنف: **(فإن لم يكن معهم ذو)** أي صاحب **(فرض فله الأكثر من ثلث)** جميع **(المال، و)** من **(مقاسمتهم كأخ)** أما أخذ الثلث فلأن له مع الأمّ مثلي مالها، والإخوة لا ينقصونها عن السدس فلا ينقصونه عن مثليه، ولأن الإخوة لا ينقصون أولاد الأمّ عن الثلث، فبالأولى الجدّ لأنه يحجبهم، وأما المقاسمة فلأنه كالأخ في إدلائه بالأب، وإنما أخذ الأكثر لأنه قد اجتمع فيه جهتا الفرض والتعصيب فأخذ بأكثرهما، فإن استوى له الأمران، فالفرضيون يعبرون فيه بالثلث لأنه أسهل، ومقتضى التشبيه: أن له مع الأخوات مثل حظ الأنثيين، وهو كذلك، والمقاسمة خير له من ثلث المال فيما إذا كانوا دون مثليه، وذلك في خمس صور: أن يكون مع الجدّ أخ أو أخت أو أختان أو ثلاث أخوات أو أخ وأخت، والثلث خير له من المقاسمة فيما إذا زادوا على مثليه، ولا تنحصر صوره في عدد فيصدق ذلك بخمس أخوات وأخوين وأخت أو ثلاث أخوات وأخ ونحو ذلك مما لا ينحصر، ويستوي له الثلث والمقاسمة في ثلاث صور: أن يكون معه أخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان **(فإن أخذ)** الجدّ **(الثلث فالباقي لهم)** للذكر مثل حظ الأنثيين كما لو لم يكن معهم جدّ **(وإن كان)** معهم ذو فرض يتصوّر إرثه معهم وهو البنات وبنات الابن والأمّ والجدّات والزوجان **(فله الأكثر من سدس التركة، و)** من **(ثلث الباقي)** بعد الفرض **(و)** من **(المقاسمة)** بعد الفرض. أما السدس: فلأنه لا ينقص عنه مع الأولاد فمع الإخوة أولى، وأما ثلث الباقي فلأنه لو لم يكن معه صاحب فرض لأخذ جميع ثلث المال، فإذا خرج قدر الفرض مستحقاً أخذ ثلث الباقي وكأن الفرض تلف من المال. وأما المقاسمة فلما سبق من تنزيله منزلة أخ، وضابط معرفة الأكثر من الثلاثة أنه إن كان الفرض نصفاً فما دونه، فالقسمة أغبط إن كان لإخوة دون مثليه وإن زادوا على مثليه فثلث الباقي أغبط، وإن كانوا مثليه استويا، وقد تستوي الثلاثة، وإن كان الفرض ثلثين فالقسمة أغبط إن كان معه أخت وإلا فله السدس، وإن كان الفرض بين النصف والثلثين كنصف وثمن، فالقسمة أغبط مع أخت أو أخ أو أختين، فإن زادوا فله السدس **(وقد لا يبقى)** بعد الفرض **(شيء)** للجدّ **(كبنتين وأمّ وزوج)** مع جدّ وإخوة، فالمسألة من اثني عشر، وتعول بسهم بقية

فَيُفْرَضُ لَهُ سُدُسٌ وَيُزَادُ فِي الْعَوْلِ، وَقَدْ يَبْقَى دُونَ سُدُسٍ كَبِنْتَيْنِ وَزَوْجٍ فَيُفْرَضُ لَهُ وَتُعَالُ، وَقَدْ يَبْقَى سُدُسٌ كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ فَيَفُوزُ بِهِ الْجَدُّ، وَتَسْقُطُ الْإِخْوَةُ فِي هٰذِهِ الْأَحْوَالِ وَلَوْ كَانَ مَعَ الْجَدِّ إِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ فَحُكْمُ الْجَدِّ مَا سَبَقَ وَيُعَدُّ أَوْلَادُ الْأَبَوَيْنِ عَلَيْهِ أَوْلَادَ الْأَبِ فِي الْقِسْمَةِ، فَإِذَا أَخَذَ حِصَّتَهُ، فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلَادِ الْأَبَوَيْنِ ذَكَرٌ فَالْبَاقِي لَهُمْ وَسَقَطَ أَوْلَادُ الْأَبِ،

فرض من نقص فرضه، وحينئذ (**فيفرض له سدس**) اثنان (**ويزاد في العول**) إلى خمسة عشر (**وقد يبقى**) للجدّ بعد الفرض (**دون سدس: كبنتين وزوج**) مع جد وإخوة، هي من اثني عشر: للبنتين الثلثان ثمانية، وللزوج الرّبع ثلاثة، يبقى للجد سهم (**فيفرض له**) سدس (**وتعال**) المسألة بواحد على اثني عشر (**وقد يبقى**) للجد (**سدس: كبنتين وأمّ**) مع جد وإخوة، هي من ستة: للبنتين أربعة، وللأمّ واحد، ويبقى واحد (**فيفوز به الجد وتسقط الإخوة**) والأخوات (**في هذه الأحوال**) الثلاثة لأنهم عصبة، وقد استغرق المال أهل الفرض (**ولو كان مع الجد إخوة وأخوات لأبوين ولأب**) بالواو بلا ألف قبلها، بخلاف ما سبق أوّل الفصل فإنه معطوف بأو، لأن الكلام هناك فيما إذا كان معه أحدهما، والكلام هنا في اجتماعهما، وحينئذ (**فحكم الجدّ ما سبق**) من خير الأمرين إن لم يكن معه ذو فرض، وخير الأمور الثلاثة إن كان معه (**و**) لكن في صورة اجتماعهما (**يعد**) أي يحسب (**أولاد الأبوين**) بالرفع بخطه فاعل يعد (**عليه**) أي الجدّ (**أولاد الأب**) بالنصب بخطه مفعول يعد (**في القسمة**) أي يدخلونهم في العدد على الجد إذا كانت المقاسمة خيراً له (**فإذا أخذ**) الجد (**حصته**) وهي الأكثر مما سبق (**فإن كان في أولاد الأبوين ذكر**) واحد فأكثر معه أنثى فأكثر (**فالباقي لهم**) للذكر مثل حظ الأنثيين (**وسقط أولاد الأب**) لأن أولاد الأبوين يقولون للجدّ كلانا إليك سواء فنزاحمك بإخوتنا ونأخذ حصتهم، كما أن الإخوة يردون الأمّ من الثلث إلى السدس والأب يحجبهم ويأخذ ما نقصوا من الأمّ. فإن قيل: قياس ذلك أن الأخ من الأمّ مع الجدّ والأخ الشقيق أن يقول الجدّ: أنا الذي أحجبه فأزحمك به وآخذ حصته. أجيب بأن الإخوة جهة واحدة فجاز أن ينوب أخ عن أخ، والأخوة والجدودة جهتان مختلفتان فلا يجوز أن يستحق الجدّ نصيب الآخر، وبأن ولد الأب المعدود على الجدّ ليس بمحروم أبداً بل يأخذ قسطاً ما قسم له في بعض الصور كما سيأتي ولو عدّ الجد الأخ من الأمّ على الأخ من الأبوين كان محروماً أبداً، فلا يلزم من تلك المعادة هذه المعادة، ففي جدّ وشقيق وأخ لأب هي من ثلاثة: للجدّ سهم والباقي للشقيق، ويسقط الأخ للأب، وفي جدّ وشقيقتين وأخ لأب هي من: ستة للجدّ اثنان والباقي وهو الثلثان للشقيقتين وترجع لثلاثة، والأولى أن تجعل ابتداء من ثلاثة للجد واحد وللشقيقتين اثنان ويسقط الأخ للأب على كلا التقديرين، وفي جدّ وشقيق وشقيقة وأخت لأب هي من ستة عدد رءوسهم، وتصح من ثمانية عشر للجد ستة، وللشقيق ثمانية، وللشقيقة أربعة، والأولى أن تجعل من ثلاثة للجد واحد يفضل اثنان

وَإِلَّا فَتَأْخُذُ الْوَاحِدَةُ إِلَى النِّصْفِ والثِّنْتَانِ فَصَاعِداً إِلَى الثُّلُثَيْنِ، وَلَا يَفْضُلُ عَنِ الثُّلُثَيْنِ شَيْءٌ وقَدْ يَفْضُلُ عَنِ النِّصْفِ فَيكُونُ لِأَوْلَادِ الأَبِ والجَدُّ مَعَ أَخَوَاتٍ كَأَخٍ فَلَا يُفْرَضُ لَهُنَّ مَعَهُ إِلَّا فِي الأَكْدَرِيَّةِ وهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَجَدٌّ وَأُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ فَلِلزَّوْجِ نِصْفٌ وَلِلْأُمِّ ثُلُثٌ وَلِلْجَدِّ سُدُسٌ وَلِلْأُخْتِ نِصْفٌ فَتَعُولُ ثُمَّ يَقْتَسِمُ الجَدُّ والأُخْتُ نَصِيبَيْهِمَا أَثْلَاثاً لَهُ الثُّلُثَانِ.

للشقيق والشقيقة فتضرب ثلاثة في ثلاثة بتسعة للجدّ ثلاثة وللشقيق أربعة وللشقيقة اثنان، وتسقط الأخت للأب على كلا التقديرين، وهذه المسائل وأشباهها تسمى بالمعادة (وإلا) أي وإن لم يكن في أولاد الأبوين ذكر بل إناث (فتأخذ الواحدة) منهنّ ما ما خصّها مع الجد بالقسمة (إلى) تكملة (النصف) إن وجدته ففي جدّ وشقيقة وأخ لأب هي من خمسة وتصح من عشرة للجد أربعة وللشقيقة خمسة يفضل واحد للأخ من الأب، وتسمى هذه المسألة بعشرية زيد، فإن لم تجده كجدّ وأمّ وزوجة وشقيقة وأخ لأب فتقتصر الشقيقة على ما فضل لها ولا تزاد عليه (و) تأخذ (الثلثان فصاعداً) مع ما خصهما مع الجدّ بالقسمة (إلى) تكملة (الثلثين) إن وجدتا ذلك ففي جدّ وشقيقتين وأخ لأب هي من ستة للجد سهمان والباقي للشقيقتين ولا شيء للأخ للأب، فإن لم تجدا الثلثين بل الناقص عنهما اقتصرنا على الناقص كجد وشقيقتين وأخت لأب هي من خمسة: للجد سهمان والباقي للشقيقتين وهو دون الثلثين فلا يزاد عليه، وهذا يدل على أن ذلك بالتعصيب وإلا لزيدتا وأعيلت (ولا يفضل عن الثلثين شيء) لأن للجد الثلث كما مرّ، فإذا مات عن شقيقتين وأخ لأب وجد فللجد الثلث والباقي وهو الثلثان للشقيقتين وهو تمام فرضهما (وقد يفضل عن النصف) شيء (فيكون)الفاضل (لأولاد الأب) كما مرّ في عشرية زيد (والجد) حكمه (مع أخوات كأخ فلا يفرض لهنّ معه) كما لا يفرض لهنّ مع الإخوة ولا تعال المسألة بسببهنّ ولكن قد يفرض للجد معهنّ وتعال المسألة بسببه كما مرّ في قوله فيفرض له سدس ويزاد في العول لأنه صاحب فرض بالجدودة فيرجع إليه للضرورة، ثم استثنى من قوله فلا يفرض لهنّ قوله (إلا في الأكدرية) سميت بذلك لنسبتها إلى أكدر وهو اسم السائل عنها أو المسؤول أو الزوج، أو بلد الميتة، أو لأنها كدرت على زيد مذهبه، لأنه لا يفرض للأخت مع الجد ولا يعيل مسائل الجد وهنا فرض وأعال، وعلى هذا فينبغي تسميتها مكدرة لا أكدرية. وقيل لأن زيد أكدر على الأخت ميراثها لأنه أعطاها النصف ثم استرجعه منها، وقيل غير ذلك (وهي زوج وأمّ وجدّ وأخت لأبوين أو لأب) هي من ستة (فللزوج) منها (نصف) وهو ثلاثة (وللأم) منها (ثلث) وهو اثنان لعدم من يحجبها عنه (وللجد) منها (سدس) وهو واحد لعدم من يحجبه (وللأخت نصف) وهو ثلاثة لعدم من يسقطها منه ومن يعصبها، فإن الجد لو عصبها نقص حقه وهو السدس فتعين الفرض لها (فتعول) بنصيب الأخت وهو ثلاثة إلى تسعة (ثم) بعد ذلك (يقتسم الجد والأخت نصيبهما) وهما الأربعة من التسعة (أثلاثاً له الثلثان) ولها الثلث

فانكسرت على مخرج الثلث فاضرب ثلاثة في تسعة تبلغ سبعة وعشرين للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة، وإنما قسم الثلث بينهما لأنه لا سبيل إلى تفضيلها على الجدّ كما في سائر صور الجدّ والإخوة ففرض لها بالرحم، وقسم بينهما بالتعصيب رعاية للجانبين. فإن قيل: قياس كونها عصبة بالجدّ أن تسقط وإن رجع الجدّ إلى الفرض، ألا ترى أنهم قالوا في بنتين وأمّ وجد وأخت للبنتين الثلثان وللأم السدس وللجد السدس وتسقط الأخت لأنها عصبة مع البنات، ومعلوم أن البنات لا يأخذن إلا الفرض. أجيب بأن ذلك عصوبة من وجه وفريضة من وجه فالتقدير باعتبار الفرضية، والقسمة باعتبار العصوبة، وأيضاً إنما يصح هذا أن لو كانت الأخت عصبة مع الجد والجد صاحب فرض، كما أن الأخت عصبة مع البنت، والبنت صاحبة فرض، وليس كذلك بل الأخت عصبة بالجد وهو عصبة أصالة، وإنما يحجب إلى الفرض بالولد وولد الابن، ولو كان بدل الأخت أخ تسقط، أو أختان فللأم السدس ولهما السدس الباقي، ولا عول ولم تكن أكدرية، ولو سقط من هذه المسألة الزوج كان للأم الثلث فرضاً وقاسم الجد الأخت في الثلثين فتكون المسألة من ثلاثة للأم واحد والباقي لا ثلث له فاضرب ثلاثة في الثلاثة أصل المسألة تبلغ تسعة: للأم ثلاثة أتساع، وللجد أربعة أتساع، وللأخت تسعان، ولو كان بدل الأخت مشكل فالأسوأ في حقّ الزوج والأم أنوثته، وفي حق المشكل والجد ذكورته، وتصح من أربعة وخمسين، وهذه المسألة يعابها من وجهين: أحدهما: أن يقال: لنا أربعة من الورثة أخذ أحدهم ثلث المال، وآخر ثلث الباقي، وآخر ثلث باقي الباقي، وآخر الباقي. الثاني: أن يقال: لنا أربعة من الورثة أخذ أحدهم جزءاً من المال، وآخر نصف ذلك الجزء، وآخر نصف الجزءين، وآخر نصف الأجزاء. فإن قيل: يرد على حصر المصنف الاستثناء في هذه الصورة أن الأخت يفرض لها النصف والثلثان للثنتين في المعادة. أجيب بأن الفرض هناك إنما هو باعتبار وجود الأخ لا بالجد، وهذه المسألة من الملقبات، ومنها المشركة وقد تقدمت، ومنها الخرقاء بالمد، وهي أم وأخت لغير أمّ وجدّ: للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت أثلاثاً، فتصح المسألة من تسعة، وسميت بذلك لتخرق أقوال الصحابة فيها، وتلقب أيضاً بغير ذلك، فإن من الملقبات ما له لقب واحد، ومنها ما له أكثر وغايته عشرة، وقد أكثر الفرضيون من التلقيبات ولا نهاية لها ولا حسم لأبوابها، وقد ذكرت منها جملاً كثيرة في شرح التنبيه، ولهم مسائل أخر تسمى بالمعاياة. قال الجوهري: المعاياة هي أن تهتدي لشيء لا يهتدى له، منها ما لو قالت امرأة إن ولدت ذكراً وورث وورثت، أو أنثى لم ترث ولم أرث فهي بنت ابن الميت وزوجة ابن ابنه الآخر وهناك بنتا صلب، فالباقي بعد الثلثين بين القائلة وابنها أثلاثاً، وإن ولدت أنثى فلا شيء لها لاستغراق الثلثين مع عدم المعصب، ومنهما رجلان كل منهما عمّ الآخر هما رجلان نكح كل منهما أمّ الآخر فولد لكل منهما ابن، فكل ابن هو عمّ الآخر لأمّه، ومنها رجلان كل منهما خال الآخر، هما رجلان نكح كل منهما بنت الآخر فولد لهما ابنان فكل ابن هو خال الآخر، وقد ذكرت منها أيضاً جملاً كثيرة في الشرح المذكور فلا نطيل بذكرها. ثم

فَصْلٌ

لَا يَتَـوَارَثُ مُسْلِمٌ وَكَافِـرٌ

شرع المصنف رحمه الله تعالى في ذكر المـوانع، وهي خمسـة مترجمـاً لها ولمـا يـذكر معهـا بفصل، فقال:

فَصْلٌ

لا يتوارث مسلم وكافر

هذا أحدها، وهو اختلاف الدين(١) لخبر الصحيحين: «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الكَافِرَ وَلَا الكَافِرُ

(١) لا نعلم خلافاً بين الفقهاء في أن المسلم يرث من مورثه المسلم ما لم يكن ثم مانع من قتل أو رق أو نحوهما كما أن الكافر يرث من الكافر على خلاف في أن الكفر كله ملة واحدة أو ملل مختلفة. وأيضاً اتفقوا على أن الكافر لا يرث من المسلم وذلك الميراث يعتمد الولاية ولا ولاية بين المسلم والكافر.

أما ميراث المسلم من الكافر فجمهور الصحابة والتابعين والفقهـاء على نفيه أيضـاً في الجملة. وقال معاذ ومعاوية والإمامية وحكى ذلك عن محمد بن الحنفية وابن المسيب ومسروق وإسحاق أنه يرث المسلم من الكافر الكتابي:

استدل معاذ ومن معه. أولاً:

بما روى يحيى بن يعمر قال: حدثني أبو الأسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال: «الإسلام يزيد ولا ينقص».

وروي عن يحيى عن الأسود الدؤلي قال: كان معاذ بن جبل باليمن فارتفعوا إليه في يهودي مات وترك أخاه مسلماً فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الإسلام يزيد ولا ينقص» رواه البيهقي في السنن عن معاذ وهو حديث حسن. ورواه أحمد في مسنده وأبو داود ورواه الحاكم.

وبما رواه أبو داود وأخرجه الحاكم وصححه عن رسول الله ﷺ : «الإسلام يعلو ولا يعلـى». ومـا روي عنه ﷺ أنه قال: «نرثهم ولا يرثونا». دلت هذه الروايات الثلاثة على أن المسلم لعلو شأنه يستحق أن يكون زائداً عن الكافر. وذلك يقتضي أن يرث المسلم ممن خالفه في الملة دون أن يرثه أهل الملل الأخرى؛ لأنه إذا لم يرث. وكان قبل أن يسلم مستحقاً للإرث من قريبه الكافر. كـان إسلامـه سبباً في انتقـاص حقه وحرمانه من الميراث، ولخالف مضمون حديثٍ: «الإسلام يزيد ولا ينقص».

ونوقش: بأن قوله ﷺ : «الإسلام يزيد ولا ينقص» يحتمل أن يكون معناه الإسلام يزيد بمن أسلم من المشركين، ولا ينقص بالمرتدين؛ لأنهم قليلون، أو يحتمل أن ملكهم يزيد بما يفتح من البلاد، وهذا التأويل الذي سلكه المستدلون لا يُقْضَى بِهِ على النص والتوقيف، إذ القاعدة المعروفة أن يرد التأويل إلى المنصوص ويحمل على موافقة دون مخالفة، وهناك احتمال ثالث في الحديث هو أن الرسول يريد أن من أسلم ترك على إسلامه. ومن خرج عن الإسلام رد إليه، وإذا احتمل الحديث كل هذه الاحتمالات لا يثبت حجة لكونه حينئذ يكون مشكوكاً فيه، ويكون محتاجاً في دلالته إلى غيره فيسقط الاحتجاج به.

ومما يرد الحـديث أيضاً حـديث مسروق، وهـو ما رواه ابن شهـاب عن داود عن ابن هند قـال: قال مسروق: ما أحدث في الإسلام قضية أعجب من قضية قضاها معاوية قال: «كان يورث المسلم من اليهودي والنصراني، ولا يورث اليهودي والنصراني من المسلم»، قال: فقضي بها أهل الشام. قال داود: فلما قدم =

ٱلْمُسْلِمَ» ولانقطاع الموالاة بينهما، وانعقد الإجماع على أن الكافر لا يرث المسلم، واختلفوا

= عمر بن عبد العزيز ردهم إلى الأمر الأول، فهذا صريح في أن الأمر الأول كان على عكس ما عليه معاوية، وهذا هو الموافق لمذهب الجمهور.

أما رواية «الإسلام يعلو». فنقول بموجبها لكن الإرث خارج عن عموم الحديث بما روي من النصوص، ويكون المراد أن الإسلام يعلو من حيث الحجة أو من حيث القهر والغلبة، فتكون النصرة في العاقبة للمؤمنين.

وحديث: «نرثهم ولا يرثونا» محتمل لكونه أريد به المرتدين بمعنى أننا نرث المرتدين،.ولا يرثونا جمعاً بين الأخبار، قال الشوكاني في هذه الرواية: إنها ليست من الرسول كما زعم في البحر بل هي من قول معاوية كما روى ذلك ابن أبي شيبة.

واستدلوا ثانياً: بالمعقول من وجهين:

الوجه الأول: إن أموال المشركين يجوز أن تصير إلى المسلمين قهراً فاولى أن تصير إليهم إرثاً، ولا يجوز أن تصير أموال المسلمين إلى المشركين قهراً فلم يجز أن تصير إليهم إرثاً، وأيضاً كما يجوز للمسلم أن ينكح الذمية، ولا يجوز للذمي أن ينكح المسلمة جاز مثل ذلك في الميراث.

ونوقش: بأن أخذ أموالهم قهراً لا يوجب الإرث منهم؛ لأن المسلم لا يرث الحربي وإن كان له أن يغنم ماله كما أن المسلم يرث الذمي على قولهم، ولا يحل له غنيمة ماله، فلذا لم يجز أن يعتبر أحدهما بالآخر. والنكاح غير معتبر بالميراث ألا ترى أن المسلم ينكح الحربية ولا يرثها؟. وقد ينكح العبد المرأة الحرة ولكنه لا يرثها، فهو غير مطرد، ولو كان كذلك لكان الكافر يرث من المسلم؛ لأن المسلم يجوز له نكاح الكافرة، وليس ذلك صحيحاً.

قال في المطلب لابن الرفعة جـ ٧: والفرق بين الإرث والنكاح أن التوارث مبني على الموالاة والنصرة، ولا موالاة بين المسلم والكافر بحال، والنكاح شرعاً للتوالد والتناسل مع أن فيه ضرباً من الإبعاد؛ لأنه يجعل الزوجة بعضاً لفضلاته، وكالمملوكة لحبسها عليه، وذلك لا ينافيه الكفر بل يليق به، ولو كان الإرث مستحقاً بالنكاح لورث الذمي من الحربي كما يجوز أن يتزوج المسلم بالحربية، فحيث لم يجز دل على افتراقهما.

أما الوجه الثاني من المعقول:

إن الإرث يستحق بالسبب العام تارة، وبالسبب الخاص أخرى ثم بالسبب العام يرث المسلم من الكافر، فإن الذمي الذي لا وارث له في دار الإسلام يرثه المسلون، ولا يرث المسلم الكافر بالسبب العام بحال، فكذلك بالسبب إلى وقفه، والدليل عليه أن المرتد يرثه المسلم، ولا يرث المرتد من المسلم بحال، والمرتد كافر فيعتبر به غيره من الكفار.

ونوقش: بأن الإرث نوع ولاية «إذ الوارث يخلف المورث في ماله ملكاً ويداً وتصرفاً»، ومع اختلاف الدين لا تثبت الولاية لأحدهما على الآخر، ألا ترى أنه لا تبقى الولاية بين من هاجر وبين من لم يهاجر حتى كانت الهجرة فريضة؟ والسبب الخاص كما لا يوجب الولاية للكافر على المسلم لا يثبت للمسلم على الكافر ولاية التزويج بسبب القرابة، وولاية التصرف في المال، وبه فارق التوريث بالسبب العام، فإن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية الشهادة والسلطنة، لا تثبت للكافر على المسلم بحال، فكذلك التوريث.

ثم هذا خلاف المرتد لأن الإرث للمسلم من الكافر يستند إلى حال إسلامه، ولهذا يورث منه كسب إسلامه فقط ولا يورث كسب ردته ومن هنا لا يرث المرتد مسلماً؛ لأنه لا يتحقق معنى الاستناد في جانبه، وقيل: إنه لا يرث عقوبة له على ردته كالقاتل. =

= واستدل الجمهور لمذهبهم:

أولاً: قوله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ دلت الآية على أن الولاية منتفية بين الكفار والمسلمين، فإن كان المراد بتلك الولاية الإرث كان ذلك إشارة إلى منع التوارث بينهما، فلا يرث المسلم من الكافر، وإن كان المراد مطلق الولاية، قد عرف أن في الإرث معنى الولاية؛ لأن الوارث يخلف المورث في ماله كما سبق، ومع اختلاف الدين لا تثبت هذه الولاية لأحدهما على الآخر.

واستدلوا ثانياً: بما رواه الجماعة إلا مسلماً، والنسائي، عن أسامة بن زيد عن النبي ﷺ قال: «لا يرث الكافر من المسلم، ولا المسلم من الكافر» متفق عليه، وفي رواية «قال: يا رسول الله أتنزل غداً في دارك بمكة؟» قال: وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور؟ وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب، ولم يرث جعفر ولا علي شيئاً؛ لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل وطالب كافرين أخرجاه. وجه الدلالة من الرواية الأولى ظاهر ومن الثانية أن الأمر كان في صدر الإسلام على عدم توريث المسلم من الكافر، وإلا لورث جعفر وعلي. لكنهما حرما من الميراث لإسلامهما، وبقي ذلك من غير تغيير.

بما رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وللترمذي، ومثله من حديث جابر عن ابن شعيب عن أبيه عن جده عن عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» وروي هذا الحديث عن علي بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن أسامة بن زيد بهذا اللفظ أيضاً.

وجه الدلالة: إن الحديث يقرر أن الإرث منقطع بين أهل الملل المختلفة، ولا شك أن ملة الإسلام تخالف ملة الكفر فكان الميراث منقطعاً بينهما.

ونوقش الأول:

بأنه خبر واحد لا يحتج به، وأجيب بأنه وإن كان خبر آحاد إلا أنه الأمة تلقته بالقبول، واستعملوه في منع توريث المسلم من الكافر والكافر من المسلم، فكان في حيز المتواتر، والمتواتر حجة بالاتفاق.

ثالثاً: من الآثار:

ما روى الزهري أنه كان لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر في عهد رسول الله ﷺ ولا عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، فلما ولى معاوية رحمه الله ورث المسلم من الكافر، وأخذ بذلك الخلفاء حتى قام عمر بن عبد العزيز فراجع السنة الأولى، ثم أخذ بذلك يزيد بن عبد الملك، فلما قام هشام بن عبد الملك أخذ بسنة الخلفاء بيَّن هذا الأثر مقدار شبه الإجماع الأول على عدم توريث المسلم من الكافر، ثم بيّن ما حدث بعد ذلك مما يدل على أن ما حدث كان مخالفاً لما كان عليه الأمر أولاً، ولا يعتمد عليه.

ما روى مالك عن ابن شهاب عن علي بن حسين عن علي بن أبي طالب أنه أخبره إنما ورث أبا طالب عقيل وطالب، ولم يرثه علي، فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب.

وجه الدلالة: أنه لما كان علياً وجعفراً مسلمين قبل موت أبي طالب، وكان طالب وعقيل على ملة أبي طالب انفرد الأخيران بميراثه، فكان هذا أوضح دليل على عدم إرث المسلم من الكافر.

ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار أن محمد بن الأشعث أخبره أن عمة له يهودية أو نصرانية توفيت وأن محمد بن الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب وقال له: من يرثها؟ قال له عمر: يرثها أهل دينها.

دل الأثر على أن التوارث إنما يكون بين أهل الدين المتحد لا المختلف، وذلك يقتضي عدم توريث المسلم من الكافر.

واستدلوا رابعاً بالمعقول:

وهو أن الولاية لما كانت منقطعة بين المسلم والكافر، وكذا انعدم العقل بينهما في الجنايات كانت النصرة منعدمة بينهما، وإذا كان الميراث يبتنى على ما سبق انتفى فيما بينهما. =

وَلَا يَرِثُ مُـرْتَدٌّ وَلَا يُـوْرَثُ وَيَـرِثُ الْكَـافِـرُ الْكَـافِـرَ وإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا،

في توريث المسلم منه فالجمهور على المنع، وقيل: نـرثهم كما ننكـح نساءهم ولا ينكحـون نساءنا: وفرّق الأوّل بأن التوارث مبني على الموالاة والمناصرة ولا مـوالاة بين المسلم والكافـر بحال. وأما النكاح فمن نوع الاستخدام، ولا فرق بين الـولاء والنسب على المنصوص في الأمّ والمختصر وغيرهما، وأجمع عليه أصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وعنهم.

تنبيه: عبارة المحرّر لا يرث المسلم الكافر وبـالعكس، وهي أوضح من عبـارة المصنف لأنه نفي التوارث بينهما من الجانبين بخلاف تعبير المصنف فـإنه التـوارث بينهما، وهـو صادق بانتفاء أحدهما، وهو حاصل بالإجماع في أن الكافر لا يرث المسلم، فليس فيـه تنصيص على أن المسلم لا يرث الكافر، وهي مسألة خلاف بين العلماء. فإن قيل: يرد على المصنف مـا لو مات كافر عن زوجة حامل ووقفنا الميراث فأسلمت ثم ولدت، فإن الولـد يرث منـه مع حكمنـا بإسلامه تبعاً لأمه. أجيب بأنـه كان محكـوماً بكفـره يوم مـوت أبيه، وقـد ورث مذ كـان حملاً، ولهـذا نقل السبكي عمن هـو منسوب إلى التحقيق في الفقـه موثـوق به من معـاصريـه: أن لنـا جمـاداً يملك وهو النـطفة، واستحسنـه السبكي. قال الـدميري: وفيـه نظر إذ الجمـاد ما ليس بحيوان ولا كان حيواناً **(و)** ثانيها الردة كما قال، و **(لا يرث مرتد)** بحـال إذ لا سبيل إلى تـوريثه من مثله لأن ما خلفه فيء، ولا من كافر أصليّ للمنافاة بينهمـا لأنه لا يقـرّ على دينه وذاك يقـرّ، ولا من مسلم للخبر المارّ وإن عاد إلى الإسلام بعد موت مورثه، وما ادّعاه ابن الرفعة من أنه إذا أسلم بعد موت مورثه أنه يرثه ردّه السبكي وقال: إنـه مصادم للحـديث وخرق لـلإجماع قـال: وممن نقـل الإجماع على أن المـرتد لا يـرث من المسلم شيئاً وإن أسلم بعـد ذلك الأستـاذ أبو منصور البغدادي **(ولا يورث)** بحال، بل ماله يكون فيئاً لبيت المال، سواء اكتسبه في الإسـلام أم في الردّة. لكن لو قطع شخص طرف مسلم مع المكافأة فارتدّ المقطوع ومـات سرايـة وجب قود الطرف ويستوفيه من كانَ ورائه لولا الردّة ومثله حد القذف، والزنديق كالمرتد فلا يـرث ولا يورث، وهو من لم يتدين بدين، وكذا نصراني تهوّد أو نحوه **(ويرث الكافـر الكافـر)** على حكم الإسـلام **(وإن اختلفت ملتهما)** كيهـودي من نصراني، ونصـراني من مجوسي، ومجـوسي من وثني وبالعكوس؛ لأن جميع ملل الكفر في البطلان كالملة الواحدة. قـال تعالى: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّـلَالُ﴾ [يـونس: ٣٢]. فـإن قيـل: كيف يتصـورّ إرث اليهـودي من النصـراني وعكسه، فإن الأصح أن من انتقل من ملة إلى ملة لا يقرّ. أجيب بتصوّر ذلك في الولاء والنكاح وفي النسب أيضاً فيما إذا كان أحد أبويه يهودياً والآخر نصرانياً إما بنكاح أو وطء شبهة فإنه يخير بينهما بعد البلوغ كما قاله الرّافعي قبيل نكاح المشرك حتى لو كـان له ولـدان، واختار أحـدهما

= وكذلك لما كان البعد بين المسلم والذمي أعظم مما بيّن الذمي والحربي، والأخيران لا يتوارثان لبعد ما بينهما، فأولى ألاّ يتوارث الأولون. انظر نيل الأوطار ٦/٦٣، المغني ابن مقدامة ٧/١٦٥.

لٰكِنِ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا تَوَارُثَ بَيْنَ حَرْبِيّ وَذِمِّيّ، وَلَا يَرِثُ مَنْ فِيهِ رِقٌّ، وَالْجَدِيدُ أَنَّ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يُورَثُ، وَلَا قَاتِلٌ،

اليهودية والآخر النصرانية جعل التوارث بينهما بالأبوة والأمومة والأخوة مع اختلاف الدين (**لكن المشهور**) وعبر في الرّوضة بالمذهب وبه قطع الأكثرون (**أنه لا توارث بين حربي وذمي**) لانقطاع الموالاة بينهما، والمعاهد والمستأمن كالذمي، فالتوارث بينهما وبينه وبين كل منهما لعصمته، ولو عبر بالمعاهد كان أولى؛ لأنه إذا كان لا توارث بين الحربي وبينه فلا توارث بينه وبين الذمي بالأولى، والثاني يتوارثان لشمول الكفر لهما (**و**) ثالثها الرقّ، وهو لغة العبودية والشيء الرقيق. وشرعاً عجز حكمي يقوم بالإنسان بسبب الكفر، فعليه (**لا يرث من فيه رقّ**) من قنّ ومدبر ومكاتب وأم ولد ومبعض؛ لأنه لو ورث لكان الملك للسيد وهو أجنبي من الميت، واحتج السهيلي لذلك بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] الآية، فإن اللام فيه للملك والرّقيق لا يملك، وفي المبعض وجه أنه يرث بقدر ما فيه من الحرّية، وهو مخالف لنقل الشافعي في اختلاف الحديث الإجماع على عدم توريثه لأنه ناقص بالرقّ في النكاح والطلاق والولاية، فلم يرث كالقن، ولا يورث أيضاً الرّقيق كله كما صرّح به في المحرّر، واستغنى المصنف عنه بقوله: (**والجديد أن من بعضه حرّ**) إذا مات عن مال ملكه ببعض الحرّ (**يورث**) عنه ذلك المال لأنه تام الملك عليه كالحرّ فيرثه عنه قريبه الحرّ أو معتق بعضه وزوجته، ولا شيء لسيده لاستيفاء حقه مما اكتسبه بالرّقية، والقديم أنه لا يورث ويكون ما ملكه لمالك الباقي.

تنبيه: استثنى من كون الرقيق لا يورث كافر له أمان وجبت له جناية حال حريته وأمانه ثم نقض الأمان فسبي واسترق وحصلت السراية بالموت في حال رقه، فإن قدر الأرش من القيمة لورثته على الأصحّ. قال الزركشي: وليس لنا رقيق كله يورث إلا هذا (**و**) رابعها: القتل[(١)] فعليه (**لا**) يرث (**قاتل**) من مقتوله مطلقاً؛ لخبر الترمذي وغيره: «لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ» أي من

---

(١) إذا قتل المرتد أو مات على ردته فقد اختلف الفقهاء في إرث ورثته المسلمين لماله على الوجه الآتي:
ذهب الشافعي وابن أبي ليلى وأبو ثور وأحمد بن حنبل ومالك وداود بن علي، وعلقمة، وقتادة إلى عدم إرث ورثته المسلمين من تركته، واختلف هؤلاء فيما بينهم. فذهب الشافعي وابن أبي ليلى وأبو ثور وابن حنبل إلى أن جميع ماله يكون فيئاً لبيت مال المسلمين، ووافقهم مالك على ذلك، إلا في حالة واحدة هي ما إذا قصد المورّث المرتد حرمان ورثته من ماله فيرثوه في تلك الحالة، وذهب داود بن علي إلى أن ماله يكون لورثته الذين ارتد إليهم، وذهب علقمة وقتادة إلى أن ماله ينتقل إلى أهل الدين الذين ارتد إليهم.
وذهب الحنفية وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز والحسن وعطاء وسفيان الثوري وزفر إلى إرث ورثته المسلمين من تركته.
وهؤلاء فريقان أيضاً: ذهب علي بن أبي طالب وابن مسعود وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز والحسن وعطاء والصاحبان من الحنفية إلى أن جميع ماله الذي كسبه في الإسلام وبعد ردته يكون موروثاً لورثته المسلمين، وذهب الإمام أبو حنيفة وسفيان الثوري وزفر إلى أن الذي يورث هو كسب إسلامه دون كسب ردته، فإنه يكون فيئاً.
=

استدل القائلون بعدم إرث الورثة المسلمين:

= أولاً: ما رواه البراء بن عازب قال: مر بي خالي أبو بردة ومعه الراية، فقلت: إلى أين تذهب؟ فقال: أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه أن أقتله، وآخذ ماله. دلت الرواية على أن مال المرتد فيء وليس لورثته، فإن إرسال الرسول الرجل لمن فعل فعلاً يخرجه عن الإسلام وأمره بقتله دليل على أنه ارتد بفعله.

ما روي معاوية بن مرة عن أبيه أن النبي ﷺ بعث جد معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله، وهذا يدل على أن مال ذلك الرجل كان مغنوماً بالمحاربة، ولذلك أخذ منه الخمس.

ونوقش الحديثان: بأن الرسول ﷺ إنما فعل ذلك لأن كلاً من الرجلين كان محارباً بسبب استحلاله لأمر محظور شرعاً، فكان ماله مغنوماً، ودليل ذلك أن الراية إنما تعقد للمحاربة لا لغيرها وإذا كان مغنوماً فلا حق لورثته والحالة هذه لكونه فيئاً.

واستدلوا ثانياً:

بأن المرتد كافر بردته، والمسلم لا يرث الكافر - ونوقش - بالفرق بين المرتد والكافر، فإن ملك المرتد فيما كسبه قبل الردة كان صحيحاً، فلم تجز غنيمته إذ لا تغنم أموال المسلمين لصحة ملكهم له، وإن جاز غنيمة ما كسبه بعد الردة لمحاربته الله والرسول فكان كالحربي، وبهذا يتبين أن مال المرتد غير مال الكافر، وكيف يكون مثله والمرتد غير مقر على ما انتقل إليه؟ ولا يحل التزوج بالمرتدة، ولا أكل ذبيحتها، ولا كذلك الكافر.

واستدل القائلون بالإرث وهم الحنفية:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ وجه الدلالة أن صلة الرحم باقية بين المرتد وورثته، فتكون سبباً في بقاء الميراث بينهما.

ثانياً: الآثار:

فقد ورد عن كثير من الصحابة توريثهم الورثة المسلمين من المرتد روى زيد بن ثابت قال: بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم الردة بين ورثته، وروي مثله عن ابن مسعود، وإليه ذهب أكثر التابعين كسعيد بن المسيب والحسن، وروي عن علي بن أبي طالب أنه أتى بالمستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الإسلام، فأبى أن يسلم، فضرب عنقه، وجعل ميراثه لورثته المسلمين، وروى ابن حزم من طريق المنهال عن معاوية الضرير عن الأعمش عن أبي عمرو الشيباني عن علي بن أبي طالب اجعلوا ميراث المرتد لورثته عن المسلمين، فدلت هذه الآثار على أن ورثة المرتد المسلمين أحق بتركته دون غيرهم إذ كانوا يرثونه في الصدر الأول.

واستدلوا ثانياً: بأن المرتد بردته تنتقل أمواله عنه، فلا بد أن تنتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقلت بالموت، خصوصاً وقد جاء نص المواريث عاماً؛ لأن ظاهر قوله: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ يقتضي توريث المسلم من المرتد إذ لم يفرق بين الميت المسلم وبين المرتد.

ونوقش: بأن العموم في آية المواريث قد خص بحديث أسامة بن زيد السابق: «لا يرث المسلم من الكافر» كما خص توريث الكافر من المسلم، وهو وإن كان من أخبار الآحاد إلا أن الأمّة تلقته بالقبول، واستعملته في منع توريث الكافر من المسلم، فصار في حيز المتواتر؛ لأن آية المواريث خاصة بالاتفاق، وأخبار الآحاد مقبولة في تخصيص مثلها.

وأجيب: بأن حديث أسامة المراد به إسقاط التوارث بين أهل الملتين، وليست الردة بملة قائمة؛ لأنه غير مقر عليها، وليس محكوماً عليه بحكم الملة التي انتقل إليها، فلم يتناول الحديث محل النزاع. انظر مغني ابن قدامة ٧/١٧٤، تفسير الجصاص ٢/١٢٦، الحاوي الكبير جـ ٩، المنتقى على الموطأ ٦/٢٥٠، الأم للشافعي ٤/٣.

وَقِيلَ إِنْ لَمْ يُضْمَنْ وِرِثَ، وَلَوْ مَاتَ مُتَوَارِثَانِ بِغَرَقٍ أَوْ هَدْمٍ أَوْ فِي غُرْبَةٍ مَعاً أَوْ جُهِلَ أَسْبَقُهُمَا لَمْ يَتَوَارَثَا وَمَالُ كُلٍّ لِبَاقِي وَرَثَتِهِ،

الميراث، ولأنه لو ورث لم يؤمن أن يستعجل الإرث بالقتل، فاقتضت المصلحة حرمانه، ولأن القتل قطع الموالاة وهي سبب الإرث، وسواء أكان القتل عمداً أم غيره مضموناً أم لا، بمباشرة أم لا، قصد مصلحْته كضرب الأب والزوج والمعلم أم لا مكرهاً أم لا **(وقيل إن لم يضمن)** بضم أوّله: أي القتل كأن وقع قصاصاً أوحداً **(ورث)** القاتل لأنه قتل بحق، ويحمل الخبر على غير ذلك المعنى.

تنبيه: قد يفهم كلام المصنف أن غير المضمون يمنع الإرث ولو بسبب، وليس مراداً، فإن المرأة لو ماتت من الولادة لم يضمنها مع أنه يرثها، وقد يفهم أن المقتول يرث من قاتله، ولا خلاف فيه كما قاله الدارمي وغيره، وصورته بأن يجرح مورثه ثم يموت الجارح ثم يموت المجروح من تلك الجراحة **(و)** خامسها: إبهام وقت الموت فعليه **(لو مات متوارثان بغرق)** أو حرق **(أو هدم أو في)** بلاد **(غربة معاً أو جهل أسبقهما)** علم سبق أو جهل **(لم يتوارثا)** أي لم يرث أحدهما من الآخر؛ لأن من شرط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث كما مرّ وهو هنا منتف، والجهل بالسبق صادق بأن يعلم أصل السبق ولا يعلم عين السابق، وبأن لا يعلم سبق أصلاً، وصور المسألة خمس: العلم بالمعية، العلم بالسبق وعين السابق الجهل بالمعية والسبق، الجهل بعين السابق مع العلم بالسبق، التباس السابق بعد معرفة عينه، ففي الصورة الأخيرة يوقف الميراث إلى البيان أو الصلح، وفي الصورة الثانية تقسم التركة **(و)** في الثلاثة الباقية **(مال)** أي تركة **(كل)** من الميتين بغرق ونحوه **(لباقي ورثته)**؛ لأن الله تعالى إنما يورث الأحياء من الأموات، وهنا لا تعلم حياته عند موت صاحبه فلا يرث كالجنين إذا خرج ميتاً، ولأنا إن ورثنا أحدهما فقط فهو تحكم، وإن ورثنا كلاً من صاحبه تيقنا الخطأ لأنهما إن ماتا معاً ففيه توريث ميت من ميت، أو متعاقبين ففيه توريث من تقدّم ممن تأخر، وحينئذ فيقدّر في حق كل ميت أنه لم يخلف الآخر.

تنبيه: كان الأولى التعبير بقوله: لم يرث أحدهما من الآخر كعبارة التنبيه، فإن استبهام تاريخ الموت مانع من الحكم بالإرث لا من نفس الإرث وقوله: لم يتوارثا ليس بخاص فإنه لو كان أحدهما يرث من الآخر دون عكسه كالعمة وابن أخيها كان الحكم كذلك، وحاصل ما ذكر المصنف من الموانع خمسة كما تقرّر، وأهمل الدور الحكمي، وهو أن يلزم من توريثه عدم توريثه كما لو أقرّ الأخ بابن أخيه الميت فإنه يثبت نسبه ولا يرث، وقد ذكره في الإقرار. وقال ابن الهائم في شرح كافيته: الموانع الحقيقية أربعة: القتل والرّق واختلاف الدين والدور، وما زاد عليها فتسميته مانعاً مجاز، وقال في غيره إنها ستة: الأربعة المذكورة، والردّة، واختلاف العهد، وأن ما زاد عليها مجاز وانتفاء الإرث معه لا لأنه مانع، بل لانتفاء الشرط كما في جهل التاريخ أو السبب كما في انتفاء النسب وهذا أوجه، وعدّ بعضهم من الموانع النبوّة لخبر

وَمَنْ أُسِرَ أَوْ فُقِدَ وَانْقَطَعَ خَبَرُهُ تُرِكَ مَالُهُ حَتَّى تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِمَوْتِهِ أَوْ تَمْضِيَ مُدَّةٌ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ لَا يَعِيشُ فَوْقَهَا فَيَجْتَهِدُ الْقَاضِي وَيَحْكُمُ بِمَوْتِهِ ثُمَّ يُعْطِي مَالَهُ مَنْ يَرِثُهُ وَقْتَ الْحُكْمِ ،

الصحيحين: «نَحْنُ مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ لَا نُورَّثُ مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ» والحكمة فيه أن لا يتمنى أحد من الورثة موتهم لذلك فيهلك، وأن لا يظنّ بهم الرّغبة في الدنيا، وأن يكون ما لهم صدقة بعد وفاتهم توفيراً لأجورهم، وتوهم بعضهم من كونها مانعة أن الأنبياء لا يرثون كما لا يورثون، وليس كذلك، فإن الناس في الإرث على أربعة أقسام: منهم من كونها مانعة أن الأنبياء لا يرثون كما لا يورثون، وليس كذلك، فإن الناس في الإرث على أربعة أقسام: منهم من يرث ويورث وعكسه فيهما. ومنهم من يورث ولا يرث وعكسه. فالأوّل: كزوجين وأخوين. والثاني: كرقيق ومرتد. والثالث: كمبعض وجنين في غرته فقط فإنها تورث عنه لا غيرها. والرابع: الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، فإنهم يرثون ولا يورثون كما تقرّر. ولما فرغ من موانع الميراث شرع في موجبات التوقف عن الصرف في الحال، وهي أربعة: أحدها: الشك في النسب ولم يذكره المصنف كأن يدعي اثنان ولداً مجهولاً نسبه صغيراً كان أو مجنوناً ويموت الولد قبل إلحاقه بأحدهما فيوقف ميراث كل منهما منه ويصرف للأم نصيبها إن كانت حرة، وإن مات أحد المدعيين وقف ميراث الولد ويعمل في حق قريبه بالأسوأ. الثاني والثالث والرابع: الشك في الوجود والحمل والذكورة، وبدأ بالأوّل من هذه الثلاثة فقال: **(ومن أسر)** أي أسره كفار أو غيرهم **(أو فقد وانقطع خبره)** وله مال وأريد الإرث منه **(ترك)** أي وقف **(ماله)** ولا يقسم **(حتى تقوم بينة بموته أو)** ما يقوم مقام البينة بأن **(تمضي مدّة)** يعلم أو **(يغلب على الظنّ أنه)** أي المفقود **(لا يعيش فوقها)** فلا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها وإذا مضت المدّة المذكورة **(فيجتهد القاضي)** حينئذ **(ويحكم بموته)** لأن الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين. أما عند البينة فظاهر. وأما عند مضي المدّة مع الحكم فلتنزيله منزلة قيام البينة.

تنبيه: أفهم كلامه أن هذه المدّة لا تتقدر وهو الصحيح، وقيل مقدرة بسبعين سنة، وقيل بثمانين، وقيل بتسعين، وقيل بمائة، وقيل بمائة وعشرين لأنها العمر الطبيعي عند الأطباء، وأنه لا بد من اعتبار حكم الحاكم فلا يكفي مضي المدّة من غير حكم بموته، لكن بحث الرافعي: أن القسمة حيث وقعت بالحاكم تضمنت الحكم بموته، ومقتضاه أن تصرف الحاكم حكم حتى لا يجوز نقضه، وفي هذه المسألة اضطراب. وقال السبكي في باب إحياء الموات: الصحيح عندي وفاقاً للقاضي أبي الطيب أنه ليس بحكم للشك. ثم أشار لفائدة الحكم بقوله: **(ثم يعطي ماله من يرثه وقت)** إقامة البينة أو **(الحكم)** بموته فإنه فائدة الحكم، فمن مات قبل ذلك ولو بلحظة لم يرث منه شيئاً لجواز موته فيها، وقوله: وقت كذا جزماً به وفي البسيط قبيل الحكم. قال السبكي: ويشبه أن لا يكون خلافاً محققاً فإن الحكم إظهار فيقدر موته قبيله بأدنى زمان، وقولهم: من مات قبل الحكم بلحظة لم يرثه لا ينافي ما قلناه فإنه وإن لم يفصل بينهما

وَلَـوْ مَاتَ مَنْ يَـرِثُهُ المَفْقُـودُ وَقَفْنَا حِصَّتَـهُ وَعَمِلْنَا في الحَـاضِـرِينَ بِالأَسْوَإِ، وَلَوْ خَلَّفَ حَمْلاً يَرِثُ أَوْ قَدْ يَـرِثُ عُمِلَ بِـالأَحْوَطِ في حَقِّـهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ،

زمان فكموتهما معاً. قـال: وهذا إذا أطلق الحكم، فـإن أسنده إلى مـا قبله لكون المـدّة زادت على ما يغلب على الظنّ أنه لا يعيش فوقه وحكم بموته من تلك المدّة السابقة فينبغي أن يعطي من كل وارثاً له ذلك الوقت وإن كان سابقاً على الحكم. قـال: ولعله مرادهم وإن لم يصـرحوا به اهـ، ومثل الحكم في ذلـك البينة بـل أولى، ولا يدفـع الحاكم منـه إلا لوارث ذي فـرض لا يسقط بيقين، وهو الأبوان والزوج أو الزوجة.

تنبيه: أراد المصنف بغلبة الظنّ نفس الظنّ كما قاله بعض المحققين. قال: وإنما عبروا بهذه العبارة للتنبيـه على أن الغلبة أي الـرجحان مـأخوذ في مـاهية الـظنّ. ولما فـرغ من حكم الإرث من المفقود شرع في حكم إرثه من غيره. فقال: (**ولو مات من يرثه المفقود**) قبل إقامـة البينة أو الحكم بموته (**وقفنا**) كل التركة إن لم يكن له وارث غيـر المفقود، وإلا وقفنـا (**حصته**) فقط حتى يتبين أنه كان عند الموت حياً أو ميتاً.

تنبيـه: كان الأولى للمصنف أن يقـول من يرث منـه ليناسب قـولـه حصتـه كمـا علم من التقدير، أو يقال: إن حصته الكل أو البعض ولكن ينافيه قوله: (**وعملنا في الحاضرين بالأسوأ**) فمن يسقط بالمفقود لا يعطي شيئاً حتى يتبين حاله ومن ينقص منهم حقه بحياته قدر فيـه حياتـه أو موته قدر فيه موته، ومن لا يختلف نصيبه بهما أعـطيه، فهـذه ثلاثـة أحوال: فـالأوّل: كزوج مفقود وأختين لأب وعم حاضـرين إن كان الـزوج حياً فللأختين أربعـة من سبعة وسقط العمّ أو ميتاً فلهما سهمان من ثلاثة والباقي للعمّ فيقدر في حقهم حياته. والثاني: كجد وأخ لأبوين وأخ لأب مفقـود، فيقدر في حق الجـد حياتـه فيأخـذ الثلث، وفي حق الأخ للأبـوين موتـه فيـأخـذ النصف ويبقى السـدس إن تبين موتـه فللجد، أو حيـاته فللأخ. والثـالـث: كـابن مفقـود وبنت وزوج حاضرين للزوج الربع بكل حال.

تنبيه: لو تلف الموقوف للغائب ثم حضر أخذ ما دفع للحاضرين وقسم ما بين الكل على حسب إرثهم كما صرحوا به في نظير المسألة، وهو نظير مسألتي الحمل والخنثى إذا بانت حياة الحمل وذكورة الخنثى. ثم شرع في السبب الثاني من اسباب التوقف، وهو الشـك في الحمل فقال (**ولو خلف حملاً يرث**) بكل تقدير بعد انفصـاله بـأن مات عن زوجـة حامـل منه (**أو قـد يرث**) على تقدير دون تقدير. إما على تقدير الذكورة فكمن مات عن حمل زوجة أخيه لأبيـه أو عمه أو معتقه فإن الحمل إن كان ذكراً في الصور الثلاث ورث وإلا فلا. وإما على تقدير الأنوثة فكمن مـات عن زوج وأخت شقيقة وحمـل من الأب فإنـه إن كان الحمـل ذكـراً لا يـرث شيئـاً لاستغراق أهل الفرض المال وإن كان أنثى فلها السدس (**عمل بـالأحوط في حقـه**) أي الحمل (**وحق غيره**) قبل انفصاله على ما سيأتي، والحمل بفتح المهملة اسم لما في البطن، وبكسرها

فَـإِنِ انْفَصَلَ حَيًّا لِـوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْـدَ المَوْتِ وَرِثَ، وَإِلَّا فَـلَا، بَيَانُـهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ سِـوَى الحَمْلِ أَوْ كَـانَ مَنْ قَدْ يَحْجُبُهُ وُقِفَ المَالُ، وَإِنْ كَـانَ مَنْ لَا يَحْجُبُهُ وَلَـهُ مُقَدَّرٌ أُعْطِيَهُ عَائِلًا إِنْ أَمْكَنَ عَوْلٌ كَزَوْجَةٍ حَامِلٍ وَأَبَوَيْنِ لَهَا ثُمُنٌ وَلَهُمَا سُدُسَانِ عَائِلَاتٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَدَّرٌ كَأَوْلَادٍ لَمْ يُعْطَوْا،

اسم لما يحمل على رأس أو ظهر، وحكى ابن دريد في حمل الشجرة وجهين، ومرّ أن الحمل يرث قبل ولادته، ولكن شرط استقرار ملكه للإرث ولادته حياً كما قال: **(فإن انفصل)** كله **(حياً لوقت يعلم وجوده عند الموت)** أي موت مورّثه بأن انفصل لدون ستة أشهر إذا كـانت فراشـاً أو أقلّ من أكثر مدة الحمل إذا كـانت خلية **(ورث)** لثبـوت نسبه، فلو انفصـل بعضه حيـاً ثم مات فكانفصاله ميتاً في الإرث وسـائر الأحكـام إلا في مسألتين كمـا قالـه الأسنوي: إحـداهما: في الصلاة عليه إذا صاح أو استهلّ ثم مات قبل أن ينفصـل. الثانيـة: إذا حز إنسـان رقبته أي وفيـه حياة مستقرة كما قاله الأذرعي قبل أن ينفصـل فيجب القصاص بشـرطه أو الـدية كمـا يعلم من بابها وتعلم الحياة مستقرّة باستهلاله صارخاً، أو بعطاسه، أو التثاؤب، أو التقام الثدي. أو نحـو ذلك **(وإلا)** بأن انفصل ميتاً بنفسـه أو بجنايـة جان، أو حيـا حياة غيـر مستقرّة، أو حيـاة مستقرّة لـوقت لا يعلم وجـوده عنـد المـوت **(فـلا)** يـرث لأنـه في الصـورة الأولى معـدوم وفي الثـانيـة كالمعدوم، وفي الثالثة منتف نسبه عن الميت **(بيانه)** أن يقال: **(إن لم يكن)** في المسألة **(وارث سوى الحمل أو كـان)** ثم **(من)** أي وارث **(قد يحجبـه)** الحمل **(وقف)** في الصـورتين **(المال)** ومـا ألحق به إلى انفصـاله احتيـاطـاً **(وإن كـان)** في المسـألـة **(من)** أي وارث **(لا يحجبـه)** أي الحمل **(وله)** سهم **(مقدّر أعطيه)** حالة كونه **(عائلاً إن أمكن)** في المسألة **(عول: كزوجة حامل وأبوين: لها ثمن ولهما سدسان عائلات)** بمثناة فـوقية آخـره: أي الثمن والسدسـان، لاحتمال أن الحمل بنتان، فأصل هذه المسألة من أربعة وعشرين وتعول لسبعة وعشرين، فيدفع للزوجـة منها ثلاثة، وللأبوين ثمانيـة، ويوقف البـاقي، فإن كـان بنتين كان لهمـا أو ذكراً فـأكثر أو ذكـراً وأنثى فـأكثر كمـل للزوجة الثمن بغيـر عول، ولـلأبوين السـدسان كـذلك، والبـاقي لـلأولاد، وتسمى هذه المسألة بالمنبرية، لأن علياً رضي الله تعالى عنه كان يخطب على المنبر وكـان أول خـطبته: الحمـد لله الذي يحكم بـالحق قطعـاً، ويجزي كـل نفس بمـا تسعى، وإليـه المـآب والرجعى، فسئل حينئـذ عن هذه المسـألة، فقـال ارتجالاً: صـار ثمن المرأة تسعـاً ومضى في خطبته: يعني أن هذه المرأة كـانت تستحق الثمن فصارت تستحق التسـع **(وإن لم يكن له)** أي من لا يحجبه الحمل سهم **(مقدر كأولاد لم يعطوا)** في الحال شيئاً بناء على أن الحمل لا يتقدر بعدد، وهو الصحيح لعدم انضبـاطه؛ لأنـه وجد خمس في بـطن كما حكـاه الشافعي رضي الله تعالى عنه أن شيخاً باليمن أخبـره أنه ولـد له خمسـة بطون في كـلّ بطن خمسـة واثني عشر في بطن. قاله الشيخان، وحكى الماوردي: أنه وجد سبعة في بطن وأن من أخبره ذكـر أنه صـارع

وَقِيلَ أَكْثَرُ الحَمْـلِ أَرْبَعَةٌ فَيُعْـطَوْنَ الْيَقِينَ، والخُنْثَىٰ المُشْكِلُ إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ إِرْثُهُ كَوَلَدِ أُمٍّ ومُعْتِقٍ فَـذَاكَ، وَإِلَّا فَيُعْمَلُ بِـالْيَقِينِ في حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ ويُوقَفُ المَشْكُوكُ فِيهِ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ،

أحدهم فصرعه وكان يعير به، ويقـال: صرعـك سبع رجـل، وحكى في المطلب عن القـاضي الحسين عن محمد عن الهيثم: أن بعض سلاطين بغداد أتت زوجته بأربعين ولداً في بـطن كل واحد منهم مثل الأصبع وأنهم عاشـوا وركبوا الخيـل مع أبيهم في بغـداد. قال الأذرعي: وفي هذا بُعْدٌ اهـ، لَا بُعْـدَ فيه ولا في أكثـر منه، فـإن قدرة الله تعـالى لا يعجزهـا شيء **(وقيل أكثـر الحمل أربعة)** بحسب الوجود عند قائله؛ لأنه يتبع في مثله الوجود كما في الحيض، وهذا أكثر ما وجد عند هذا القائل وحينئذ **(فيعطون)** أي الأولاد **(اليقين)** أي فيـوقف ميراث أربعـة ويقسم الباقي، وتقدر الأربعة ذكوراً: مثـاله خلف ابنـاً، وزوجه حـاملاً، فلهـا الثمن، ولا يدفـع للابن شيء على الأوّل، ويـدفع إليـه خمس الباقي على الثـاني، وعليـه يتمكن الـذين صـرف إليهم حصتهم من التصرف فيها على أصحّ الوجهين وإلا لم تدفع إليهم. ثم شـرع في السبب الثالث من أسباب التوقف، وهـو الشكّ في الـذكورة، فقـال: **(والخنثى المشكل)** أي المُلتبِس أمـره، وهو بضم أوّله وكسر ثالثـه مأخـوذ من قولهم: تخنث الـطعام إذا اشتبـه أمره فلم يخلص طعمـه المقصود وشارك طعم غيـره، سمي الخنثى بذلـك لاشتراك الشبهين فيـه، وهو على ضـربين: أحدهما: أن لا يكون له فرج رجل ولا فرج امرأة بـل يكون لـه ثقبة يخـرج منها البـول ولا يشبه فرج واحد منهما. الثاني: وهو أشهرهما: ماله آلة الرجال والنساء **(إن لم يختلف إرثه)** بذكورته وأنوثته **(كولد أمّ ومعتق فـذاك)** ظاهـر فيدفـع إليه نصيبـه **(وإلا)** بأن اختلف إرثـه بهما **(فيعمـل بـاليقين في حقه)** أي الخنثى **(و)** في **(حق غيـره ويوقف المشكـوك فيه حتى يتبين)** حـالـه ولـو بإخباره، ولا دلالة على اتضاحه بمعنى الضرب الأوّل للبول فيه بل يوقف أمره حتى يصير مكلفاً فيختبر بميله. قاله البغوي، ونقله عنه المصنف في مجموعه. قال الأسنوي: ولا ينحصر ذلـك في الميل بل يعرف أيضاً بـالحيض والمنيّ المتصف بصفة أحـد النوعين. وأمـا بمعنى الضرب الثاني فيتضح بالبول من فرج، فإن بال من فرج الـرجال فـرجل، أو من فـرج النساء فـامرأة، أو منهما فالسبق لأحدهما، فإن اتفقا ابتداء اتضح بالتأخـر لا الكثرة وتـزريق وترشيش، فـإن اتفقا ابتداء وانقطاعاً وزاد أحدهما أو زرق أو رشش فلا اتضاح، ويتضح أيضـاً بحيض وإمناء إن لاق بواحد من الفرجين، وسواء أخرج منه أم منهمـا بشرط التكـرر، ولو بـال أو أمنى بذكـره وحاض بفرجه أو بال بأحدهما وأمنى بالآخر فمشكل، ولا أثر للحية ولا لنهود ثـدي ولا لتفاوت أضلع، فإن عدم الدال السابق اختبر بعد بلوغ وعقل، فإن مال بإخباره إلى النساء فرجل أو إلى الـرجال فامرأة، ولا يكفي إخباره قبل بلوغه وعقله ولا بعدهما مع وجـود شيء من العلامـات السابقـة؛ لأنها محسوسة معلومة الـوجود، وقيـام الميل غيـر معلوم فإنـه ربما يكـذب في أخباره، والـذي

وَمَنِ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ وَتَعْصِيبٍ كَزَوْجٍ هُوَ مُعْتِقٌ أَوِ ابْنِ عَمّ ورِثَ بِهِمَا. قُلْتُ: فَلَوْ وُجِدَ فِي نِكَاحِ المَجُوسِ أَوِ الشُّبْهَةِ بِنْتٌ هِيَ أُخْتٌ وَرِثَتْ بِالْبُنُوَّةِ، وَقِيلَ بِهِمَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَلَوِ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي جِهَةِ عُصُوبَةٍ وَزَادَ أَحَدُهُمَا بِقَرَابَةٍ أُخْرَى كَابْنَيْ عَمٍّ

يتصوّر أن يكون خنثى من الورثة ثمانية: الولد، وولد الابن، والأخ وولده، والعمّ وولده، والمعتق وعصباته. قال الصيمري: ومن ألقى عليك أبا خنثى أو أما خنثى فقد ألقى محالاً. قال ابن المنذر: وقد أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن الخنثى يرث من حيث يبول، وروي مرفوعاً عن النبيّ ﷺ لكنه ضعيف، فإن ورث على أحد التقديرين دون الآخر لم يدفع إليه شيء ووقف ما يرثه على ذلك التقدير، ففي زوج وأب وولد خنثى للزوج الربع وللأب سدس، وللخنثى النصف، ويوقف الباقي بينه وبين الأب، وفي ولد خنثى وأخ يصرف إلى الولد النصف ويوقف الباقي، وفي ولد خنثى وبنت عمّ يعطى الخنثى والبنت الثلثين بالسوية ويوقف الباقي بين الخنثى والعمّ، فإن مات مشكلاً تعين الاصطلاح، ولو اتفق الذين وجد المال بينهم على تساو أو تفاوت جاز أي إذا لم يكن فيهم محجور عليه وإلا فلا يجوز للوليّ أن يصالح عنه بأنقص مما يستحقه. قال الإمام: ولا بد أن يجري بينهم تواهب وإلا لبقي المال على صورة التوقف، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة، لكنها تحتمل للضرورة، ولو أخرج بعضهم نفسه من البين ووهبه لهم على جهل بالحال جاز أيضاً كما قالاه **(ومن اجتمع فيه جهتا فرض وتعصيب كزوج هو معتق أو)** زوج هو **(ابن عم ورث بهما)** فيأخذ النصف بالزوجية والآخر بالولاء أو بنوّة العم، لأنه وارث بسببين مختلفين فأشبه ما لو كانت القرابتان في شخصين، واحترز بقوله جهتا فرض عن الأب حيث يرث بالفرض والتعصيب فإنه بجهة واحدة وهي الأبوة **(قلت)** أخذاً من الرّافعي في الشرح **(فلو وجد في نكاح المجوس أو الشبهة بنت هي أخت)** لأب بأن وطىء بنته فأولدها بنتا ثم ماتت العليا فقد خلفت أختا من أب وهي بنتها **(ورثت بالبنوّة)** فقط **(وقيل بهما)** أي البنوّة والأخوة **(والله أعلم)** فتستغرق المال إذا انفردت، وردّ بأنهما قرابتان يورث بكل منهما منفردين فيورث بأقواهما مجتمعين لأنهما كالأخت لأبوين لا ترث النصف بأخوّة الأب والسدس بأخوّة الأم، وهذا استدراك على قول المحرّر في جهتي الفرض والتعصيب ورث بهما، ولذلك استغنى أن يقول في الأخت لأب وهذا الاستدراك مستدرك إذ ليس مع الأخت في هذه الصورة بنت حتى تكون الأخت مع البنت عصبة، وإنما الأخت نفسها هي البنت فكيف تعصب نفسها؟.

تنبيه: لو ذكر المصنف عبارة المحرّر لم يحتج لهذه الزيادة، لأنه قال: وإذا اجتمعت قرابتان لا يجتمعان في الإسلام قصداً لم يرث بهما، وذلك يشمل الفرضين والفرض والتعصيب وإن كان مثاله يخص الثاني واحترز بقوله قصداً عن وطىء الشبهة فإنهما يجتمعان **(ولو اشترك اثنان في جهة عصوبة وزاد أحدهما)** على الآخر **(بقرابة أخرى كابني عمّ**:

أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ فَلَهُ السُّدُسُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا، فَلَوْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتٌ فَلَهَا نِصْفٌ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا سَوَاءٌ وَقِيلَ يَخْتَصُّ بِهِ الأَخُ، وَمَنِ اجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ وَرِثَ بِأَقْوَاهُمَا فَقَطْ، وَالْقُوَّةُ بِأَنْ تَحْجُبَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى أَوْ لَا تُحْجَبَ أَوْ تَكُونَ أَقَلَّ حَجْباً فَالأَوَّلُ كَبِنْتٍ هِيَ أُخْتٌ لِأُمٍّ بِأَنْ يَطَأَ مَجُوسِيٌّ أَوْ مُسْلِمٌ بِشُبْهَةٍ أُمَّهُ فَتَلِدُ بِنْتاً، وَالثَّانِي كَأُمٍّ هِيَ أُخْتٌ لِأَبٍ بِأَنْ يَطَأَ بِنْتَهُ فَتَلِدُ بِنْتاً، وَالثَّالِثُ كَأُمِّ أُمٍّ هِيَ أُخْتٌ بِأَنْ يَطَأَ هٰذِهِ الْبِنْتَ الثَّانِيَةَ فَتَلِدُ وَلَداً فَالأُولَى أُمُّ أُمِّهِ وَأُخْتُهُ.

أحداهما أخ لأمّ فله السدس) فرضاً **(والباقي بينهما)** سواء بالعصوبة، وصورة هذه المسألة: أن يتعاقب أخوان على امرأة وتلد لكل واحد منهما ابناً ولأحدهما ابن من غيرها فابناه ابنا عمّ الآخر، وأحدهما أخوه لأمّه **(فلو كان معهما)** أي ابني العمّ المذكورين **(بنت فلها نصف والباقي بينهما** سواء) لأن إخوة الأمّ تسقط بالبنت **(وقيل يختصّ به)** أي الباقي **(الأخ)** كما قال ابن الحدّاد، لأن البنت منعت من الأخذ بقرابة الأمّ، وإذا لم تأخذ بها ترجحت عصوبته كأخ لأبوين مع أخ لأب **(ومن اجتمع فيه جهتا فرض ورث بأقواهما فقط)** لا بهما لما سبق **(والقوّة بأن تحجب إحداهما الأخرى)** حجب حرمان أو نقصان **(أو)** بأن **(لا تحجب)** إحداهما أصلاً بالبناء للمفعول بخطه والأخرى قد تحجب **(أو)** بأن تحجب ولكن **(تكون)** إحداهما **(أقلّ حجباً)** فهنا ثلاثة أمور **(فـ)** الأمر **(الأولّ)** وهو حجب الحرمان **(كبنت هي أخت لأمّ، بأن يطأ مجوسيّ)** أمّه **(أو مسلم بشبهة أمّه فتلد بنتاً)** فترث هذه البنت من أبيها بالبنتية لا بالأختية لأن إخوة الأمّ ساقطة بالبنتية، ولا تكون هذه الصورة إلا والميت رجل. ومن صور حجب النقصان: أن ينكح المجوسي بنته فتلد بنتاً ويموت فقد خلف بنتين: إحداهما زوجة فلهما ثلثا ما ترك، ولا عبرة بالزوجية لأن البنت تحجب الزوجة من الرّبع إلى الثمن **(و)** الأمر **(الثاني)** وهو أن لا تحجب إحداهما أصلاً **(كأمّ هي أخت لأب، بأن يطأ)** من ذكر **(بنته فتلد بنتاً)** ثمّ تموت فترث والدتها منها بالأمومة لا بالأختية للأب لأن الأم لا تحجب حرماناً أصلاً والأخت تحجب **(و)** الأمر **(الثالث)** وهو أن تكون إحداهما أقلّ حجباً **(كأمّ أم هي أخت)** لأب **(بأن يطأ)** من ذكر **(هذه البنت الثانية فتلد ولداً، فالأولى)** أي البنت الأولى نسبتها لهذا الولد **(أمّ أمّه وأخته)** لأبيه، فإذا مات الولد ورثت منه البنت الأولى بالجدودة دون الأختية، لأن الجدّة للأمّ أقلّ حجباً من الأخت، لأن الجدّة لا يحجبها إلا الأمّ. وأما الأخت فيحجبها جماعة كما مرّ، ولا يورثون بالزوجية قطعاً لبطلانها كما قاله الشيخان هنا، لكنهما حكيا عن البغوي في كتاب النكاح أن منهم من بنى التوارث على الخلاف في صحة أنكحتهم.

تنبيه: سكت المصنف عن اجتماع عصوبتين في شخص كأخ هو معتق لقلة فائدته لأن إحدى الجهتين تغني عن الأخرى.

فَصْلٌ

إِنْ كَانَتِ الْوَرَثَةُ عَصَبَاتٍ قُسِّمَ المَالُ بِالسَّوِيَّةِ إِنْ تَمَحَّضُوا ذُكُوراً أَوْ إِنَاثاً، وَإِنِ اجْتَمَعَ الصِّنْفَانِ قُدِّرَ كُلُّ ذَكَرٍ أُنْثَيَيْنِ وَعَدَدُ رُءُوسِ الْمَقْسُومِ عَلَيْهِمْ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذُو فَرْضٍ أَوْ ذَوَا فَرْضَيْنِ مُتَمَاثِلَيْنِ فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ مَخْرَجِ ذٰلِكَ الْكَسْرِ فَمَخْرَجُ النِّصْفِ اثْنَانِ وَالثُّلُثِ ثَلاثَةٌ وَالرُّبُعِ أَرْبَعَةٌ وَالسُّدُسِ سِتَّةٌ وَالثُّمُنِ ثَمَانِيَةٌ

فَصْلٌ

في أصول المسائل وما يعول منها، وقسمة التركة **(إن كانت الورثة عصبات قسم المال)** وما ألحق به من الاختصاصات بينهم **(بالسوية إن تمحضوا ذكوراً)** كبنتين أو إخوة أو أعمام لغير أمّ أو بينهم، سواء النسب والولاء **(أو)** تمحضوا **(إناثاً)** كثلاث معتقات أعتقن عبداً بينهنّ بالسوية، وهذا لا يتصوّر إلا في الولاء، فإن تفاوت الملك تفاوت الإرث بحسبه، وقد يتصوّر أيضاً في النسب في مسائل الردّ **(وإن اجتمع)** من النسب **(الصنفان)** من ذكور وإناث كابنين وبنتين **(قدر كل ذكر)** منهم **(أنثيين)** ولا يقال يقدّر للأنثى نصف نصيب لئلا ينطق بالكسر لأنهم اتفقوا على عدم النطق به، وقوله: **(وعدد رؤوس المقسوم عليهم)** خبر مقدم لمبتدأ مؤخر، وهو **(أصل المسألة)** أي أصلها هو العدد الذي يخرج منه سهامها، فهي من عدد رؤوس العصبة: الذكور أو الإناث في الولاء على ما مرّ؛ وإن كانوا ذكوراً وإناثاً في النسب كابنين وبنتين فأضف عدد الذكور وأضف إليه عدد الإناث تكن المسألة من ستة، وقس على هذا، وهذا في غير الولاء. أما الولاء فإن لم يحصل فيه تفاوت في الملك فعدد رؤوس المعتقين أصل المسألة، سواء أكانوا ذكوراً أم إناثاً أم مجتمعين وإن تفاوتوا فأصل مسألتهم من مخرج المقادير كالفروض كما قاله الزركشي **(و)** الورثة **(إن كان فيهم)** مع العصبات **(ذو)** أي صاحب **(فرض)** واحد كبنت وعمّ **(أو ذوا)** بالتثنية **(فرضين)** مثلاً **(متماثلين)** في الفرض والمخرج: كأمّ وأخ لأمّ وأخ لأب، أو في المخرج فقط: كشقيقتين وأختين لأمّ وعمّ **(فالمسألة)** التي فيها ذلك الكسر: أي أصلها يكون **(من مخرج ذلك الكسر)** لأن الفروض الستة كسور مضافة لمعدود وهو التركة، فإن لم يكن في المسألة عصبة فالمسألة أيضاً من مخرج ذلك الكسر. ففي زوج وأخت شقيقة أو لأب هي أيضاً من اثنين، وتسمى هاتان المسألتان بالنصفيتين، إذ ليس في الفرائض شخصان يرثان المال مناصفة فرضاً غيرهما وباليتيمتين، إذ ليس في الفرائض نظيرهما، ولو كان في المسألة فروض كان الحكم كذلك. ثم اعلم أن المخرج: هو أقل عدد يصح منه ذلك الكسر، وهو مفعل بمعنى المكان، فكأنه موضع تخرج منه سهام المسألة صحيحة الذي هو أصلها، والكسر أصله مصدر، وأطلق هنا على الكسر المراد به الجزء، وهو ما دون الواحد **(فمخرج النصف اثنان، والثلث ثلاثة، والربع أربعة، والسدس ستة، والثمن ثمانية)** لأن أقل عدد له نصف صحيح اثنان وكذا الباقي، وكلها مشتقة من أسماء العدد لفظاً

وَإِنْ كَانَ فَرْضَـانِ مُخْتَلِفَا المَخْرَجِ فَإِنْ تَدَاخَلَ مَخْرَجَاهُمَا فَأَصْلُ المَسْأَلَةِ أَكْثَرُهُمَا كَسُدُسٍ وَثُلُثٍ، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الأُخَرِ، وَالحَاصِلُ أَصْلُ المَسْأَلَة كَسُدُسٍ وَثُمُنٍ فَـالأَصْلُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ، وَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ كُلٌّ فِي كُلٍ وَالحَاصِلُ الأَصْلُ كَثُلُثٍ وَرُبُعٍ فَالأَصْـلُ اثْنَا عَشَرَ فَالأُصُولُ سَبْعَةٌ: اثْنَانِ وَثَلاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ،

ومعنى إلا النصف فلم يشتق من اسم العدد، ولو اشتق منه لقيل لـه ثني بضمّ أوّله كما قيل في غيره من ثلث وربع إلى عشر، وإنما اشتق من التناصف، فكأن المقتسمين تناصفاً واقتسما بالسوية.

تنبيه: سكوته عن الثلثين يفهم أنهم ليس جزءاً برأسه وهو كذلك، وإنما هو تضعيف الثلث **(وإن كان)** في المسألة **(فرضان مختلفا المخرج)** بقلة أو كثرة **(فإن تداخل مخرجاهما فأصل المسألة)** حينئذ **(أكثرهما كسدس وثلث)** كما في مسألة أمّ وأخ لأمّ وعمّ هي من ستة، لأن أكثر الفرضين فيها عدداً هو السدس، والثلث داخل فيه، والمتداخلان عددان مختلفان أقلهما جزء من الأكثر لا يزيد على نصفه كثلاثة من تسعة أو ستة **(وإن)** كان في المسألة فرضان، و **(توافقا)** بجزء من الأجزاء **(ضرب وفق أحدهما في الآخر، والحاصل)** من الضرب: هو **(أصل المسألة: كسدس وثمن)** كما في المسألة أمّ وزوجة وابن **(فالأصل)** أي أصل كل مسألة اجتمع فيها ما ذكر **(أربعة وعشرون)** حاصل ضرب وفق أحد المخرجين في الآخر، وهو نصف الستة أو الثمانية في كامل الآخر، والوفق مأخوذ من الموافقة **(وإن)** كان في المسألة فرضان و **(تباينا)** مخرجا **(ضرب كل)** منهما **(في كل)** منهما **(والحاصل)** من الضرب **(الأصل)** للمسألة **(كثلث وربع)** كما في مسألة أمّ وزوجة وأخ لأبوين، فثلث الأمّ وربع الزوجة متباينان **(فالأصل)** أي أصل كل مسألة اجتمع فيها ما ذكر **(اثنا عشر)** حاصل ضرب أحد المخرجين، وهو الثلث أو الرّبع في الآخر، والمتباينان: هما العددان اللذان ليس بينهما موافقة بجزء من الأجزاء **(فالأصول)** أي مخارج الفروض مفردة ومركبة عند المتقدّمين **(سبعة اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعة وعشرون)** لأن الفروض المذكورة في القرآن لا يخرج حسابها إلا من هذه السبعة، وإنما انحصرت المخارج في سبعة، والفروض ستة لأن الفروض لها حالتان: حالة انفراد، وحالة تركيب ففي حالة الانفراد يحتاج إلى خمسة مخارج، وهي النصف والثلث والرّبع والسدس والثمن، ويسقط الثلثان لأن مخرجهما الثلث، وهو واحد من ثلاثة، وفي حال التركيب يحتاج إلى مخرجين لأن التركيب لا يخرج عن أربعة أحوال: التماثل، والتداخل، والتوافق، والتباين، فإن كان مع التماثل: كسدس وسدس، أو التداخل كسدس وثلث لم يحتج مجموعهما إلى مخرج لأن أحد العددين أو أكثرهما أصل المسألة، وإن كان مع التوافق أو التباين احتاج إلى مخرج لجميع الفروض بضرب وفق أحدهما أو جملته في

وَالَّذِي يَعُولُ مِنْهَا السِّتَّةُ إِلَى سَبْعَةٍ كَزَوْجٍ وَأُخْتَيْنِ، وَإِلَى ثَمَانِيَةٍ كَهُمْ

كامل الآخر فاحتجنا إلى مخرجين آخرين: أحدهما: اثنا عشر، وهو مع التوافق تركيب الربع والسدس، ومع التباين تركيب الربع والثلث أو الثلثين لأنه أقل عدد له ربع وسدس أو ربع وثلث أو ربع وثلثان، والثاني: أربعة وعشرون، وهو مع التوافق تركيب الثمن والسدس، ومع التباين تركيب الثمن والثلثين لأنه أقل عدد له ثمن وسدس وثنتان، ولا يتصوّر اجتماع الثمن والثلث فظهر انحصار المخارج في السبعة المذكورة، وزاد بعض المتأخرين عليها أصلين آخرين في مسائل الجدّ والإخوة: ثمانية عشر وستة وثلاثين، فأوّلهما كأمّ وجدّ وخمسة إخوة لغير أم، وإنما كانت من ثمانية عشر لأن أقل عدد له سدس صحيح وثلث ما يبقى هو هذا العدد، والثاني: كزوجة وأم وجدّ وسبعة إخوة لغير أم، وإنما كانت من ستة وثلاثين لأن أقل عدد له ربع وسدس صحيحان وثلث ما يبقى هو هذا العدد، والمتقدمون يجعلون ذلك تصحيحاً واستصوب الإمام وغيره طريق المتأخرين. وقال في الروضة: هو المختار الأصح الجاري على القواعد لأنه أخصر، واحتج له المتولي بأنهم اتفقوا في زوج وأبوين أن تكون المسألة من ستة، ولولا إقامة الفريضة من النصف وثلث ما يبقى لقالوا هي من اثنين للزوج واحد يبقى واحد، وليس له ثلث صحيح فيضرب مخرج الثلث في اثنين فتصير ستة وأقره المصنف على هذا الاحتجاج، لكن قال في المطلب: إنه غير سالم من النزاع فإن جماعة من الفرضيين ذكروا أن أصلها من اثنين اهـ، وعلى تسليم ذلك يفرق بأن ثلث ما يبقى في هذه المسألة فرض أصلي ولا كذلك في حق الجدّ، واعتذر الإمام عن القدماء بأنهم إنما لم يعدوهما مع ما سبق لأن الأصول موضوعة على المقدرات المنصوصة، وهي المجمع عليها وثلث ما يبقى من المسألتين ليس منصوصاً ولا متفقاً عليه. قال: والأمر فيه قريب. وقال بعضهم: طريقة القدماء أصل، وطريقة المتأخرين استحسان.

تنبيه: لما كان الاثنا عشر والأربعة والعشرون زائدين على الأصول الخمسة السابقة حسن الإتيان بالفاء في قوله: فالأصول. ثم شرع في بيان ما يعول من هذه الأصول، فقال: **(والذي يعول منها)** ثلاثة **(الستة)** وضعفها وضعف ضعفها، فالستة تعول أربع مرّات أوتاراً وأشفاعاً **(إلى سبعة كزوج وأختين)** لغير أمّ: للزوج ثلاثة، ولكل أخت اثنان فعالت بسدسها، ونقص لكل واحد سبع ما نطق له به. قيل: وهي أوّل فريضة عالت في الإسلام في زمن عمر رضي الله تعالى عنه فجمع الصحابة، وقال لهم: فرض الله تعالى للزوج النصف وللأختين الثلثين، فإن بدأت بالزوج لم يبق للأختين حقهما، وإن بدأت بالأختين لم يبق للزوج حقه، فأشيروا عليّ، فأشار إليه العباس رضي الله تعالى عنه بالعول، وقال: أرأيت لو مات رجل وترك ستة دراهم ولرجل عليه ثلاثة ولآخر أربعة، أليس تجعل المال سبعة أجزاء، فقال: نعم، فقال العباس: هو ذاك فأجمع الصحابة عليه **(و)** تعول الستة أيضاً **(إلى ثمانية كهم)** أي كزوج

وَأُمّ، وَإِلَى تِسْعَةٍ كَهُمْ وَإِخٍ لأُمّ، وَإِلَى عَشَرَةٍ كَهُمْ وَآخَرَ لأُمّ، وَالاِثْنَا عَشَرَ إِلَى ثَلَاثَةَ عَشَرَ كَزَوْجَةٍ وَأُمّ وَأُخْتَيْنِ، وَإِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَأَخٍ لأُمّ، وَسَبْعَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَآخَرَ لأُمّ، وَالأَرْبَعَةُ وَالْعِشْرُونَ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ كَبِنْتَيْنِ وَأَبَوَيْنِ وَزَوْجَةٍ،

وأختين **(وأمّ)** فيزاد عليها سهم واحد للأمّ فتعول بمثل ثلثها، وإدخال الكاف على الضمير المنفصل لغة قليلة، وعبارة المحرّر كهؤلاء، وهو صحيح. ومن صور العول للثمانية زوج وأمّ وأخت لأبوين أو لأب، وتسمى هذه المسألة بالمباهلة من البهل، وهو اللعن، وقيل: إنها أوّل فريضة أعيلت في زمن عمر. وكان ابن عباس صغيراً فلما كبر أظهر الخلاف بعد موت عمر، وجعل للزوج النصف، وللأمّ الثلث، وللأخت ما بقي، ولا عول حينئذ. فقيل له: لِمَ لَمْ تقل هذا لعمر؟ فقال: كان رجلاً مهاباً فهبته، ثم قال: إن الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلثاً ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث؟، ثم قال له عليّ: هذا لا يغني عنك شيئاً لو مت أو مت لقسم ميراثنا على ما عليه الناس من خلاف رأيك. قال: فإن شاءوا فلندع أبناءنا وأبناءهم ونساءنا ونساءهم وأنفسنا وأنفسهم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين، فسميت المباهلة لذلك **(و)** تعول الستة أيضاً **(إلى تسعة كهم)** أي زوج وأختين وأمّ **(وأخ لأمّ)** فعالت بمثل نصفها **(وإلى عشرة كهم)** أي المذكورين في التسعة **(وآخر لأمّ)** فتعول بمثل ثلثيها، وتسمى هذه بأم الفروخ بالخاء لكثرة سهامها العائلة، والشريحية لأن شريحاً قضى فيها بذلك، ومتى عالت إلى أكثر من سبعة لا يكون الميت إلا امرأة، لأنها لا تعول إلى ذلك إلا بزوج. ولما فرغ من عول الستة إلى أربع مرات شرع في عول ضعفها، فقال: **(والاثنا عشر)** تعول ثلاث مرات أوتاراً. المرة الأولى: بنصف سدسها **(إلى ثلاثة عشر كزوجة وأم وأختين)** لغير أم **(و)** المرة الثانية بربعها **(إلى خمسة عشر كهم)** أي المذكورين **(وأخ لأم، و)** المرة الثالثة بربعها وسدسها إلى **(سبعة عشر كهم)** أي المذكورين في خمسة عشر **(و)** أخ **(آخر لأم)**. ومن صورها أم الأرامل، وهي ثلاث زوجات وجدّتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأب فهؤلاء سبعة عشر أنثى متساويات، سميت بذلك لكثرة ما فيها من الأرامل، وتسمى أيضاً الدينارية الصغرى لأن الميت خلف فيها سبعة عشر ديناراً حصل لكل واحدة منهنّ دينار، وإنما أعيلت هذه بالأوتار فقط لأنه لا بدّ فيها من ربع، وهو ثلاثة، والذي ينضم إليه الثلثان، وهما ثمانية أو ثلث وهو أربعة أو نصف وهو ستة، فإذا انضم الفرد للزوج كان وتراً لا شفعاً، بخلاف الستة فإنها تعول شفعاً ووتراً كما مر لأن الوتر يشفع فيها بوتر آخر فتصير شفعاً. ولما فرغ من عول الضعف إلى ثلاث مرات، ولا يتصور إلا والميت رجل كما أفهمه تمثيل المصنف. قال السهيلي: وليس في العدد الأصم ما يكون أصلاً للمسألة إلى الثلاثة عشر والسبعة عشر لأنهما أصل من مسائل العول. شرع في عول ضعف ضعفها، فقال: **(والأربعة والعشرون)** تعول عولة واحدة وتراً فقط بثمنها **(إلى سبعة وعشرين كبنتين وأبوين وزوجة)** ومر في مسألة الحمل

وَإِذَا تَمَاثَلَ الْعَدَدَانِ فَذَاكَ وَإِنِ اخْتَلَفَا وَفَنِيَ الأَكْثَرُ بِالأَقَلِّ مَرَّتَيْنِ فَأَكْثَر فَمُتَدَاخِلَانِ كَثَلَاثَةٍ مَعَ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ، وَإِنْ لَمْ يُفْنِهِمَا إِلَّا عَدَدٌ ثَالِثٌ فَمُتَوَافِقَانِ بِجُزْئِهِ كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ بِالنِّصْفِ، وَإِنْ لَمْ يُفْنِهِمَا إِلَّا وَاحِدٌ

تسمية هذه بالمنبرية، وغير هذه الثلاثة لا عول فيه لأن الأصول قسمان: تام وناقص، فالتام هو الذي يعول وهو الذي إذا المسألة المنبرية اجتمعت أجزاؤه الصحيحة كانت مثله أو أزيد، فالستة تامة لأن لها سدساً وثلثاً ونصفاً تساوت لأن المجموع ستة، والاثنا عشر والأربعة والعشرون زائدان لأن الأوّل له سدس وربع وثلث ونصف، فالمجموع خمسة عشر. والثاني له ثمن وسدس وربع وثلث ونصف، فالمجموع ثلاثة وثلاثون، والناقص هو الذي إذا اجتمعت أجزاؤه كانت أقل منه، وهو ما عدا هذه الثلاثة، والعول زيادة في مسألة أصحاب فروض لا يمكن إسقاط بعضهم وتضيق الفروض عليهم فتعال ليدخل النقص جملة واحدة على الجميع، ولا يتصوّر في مسائل العول وجود عاصب. ثم شرع في بيان النسبة بين العددين، فقال: **(وإذا تماثل العددان)** كثلاثة وثلاثة مخرجي الثلث والثلثين كما في مسألة ولدي أمّ وأختين لغير أمّ **(فذاك)** ظاهر أن يقال فيهما متماثلان: ويكتفي بأحدهما ويجعل أصل المسألة وحقيقة المتماثلين أنهما إذا سلط أحدهما على الآخر أفناه مرّة واحدة **(وإن اختلفا وفنى الأكثر بالأقلّ)** عند إسقاطه من الأكثر **(مرّتين فأكثر فمتداخلان كثلاثة مع ستة أو تسعة)** أو خمسة عشر، فإن الستة تفنى بإسقاط الثلاثة مرّتين، والتسعة بإسقاطها ثلاث مرّات، والخمسة عشر بإسقاطها خمس مرّات لأنها خمسها. وسميا بذلك لدخول الأقلّ في الأكثر، فيكون الأكثر مدخولاً فيه وإن اقتضى اللفظ دخول كلّ منهما في الآخر إذ ليس ذلك بمراد، وحكم المتداخل أنه يكتفي بالأكبر ويجعل أصل المسألة **(وإن)** أي وإن اختلفا و **(لم يفنهما إلا عدد ثالث فمتوافقان بجزئه)** أي الثالث **(كأربعة وستة)** بينهما موافقة **(بالنصف)** لأنك إذا سلطت الأربعة على الستة يبقى منها اثنان سلطهما على الأربعة مرّتين تفنى بهما فقد حصل الإفناء باثنين، وهو عدد غير الأربعة والستة فهما متوافقان بجزء الاثنين، وهو النصف، وإن فني بثلاثة فالموافقة بالثلث وهكذا إلى العشرة فبالعشر، لأن العبرة بنسبة الواحد إلى العدد الذي وقع به الإفناء فما كانت نسبته إليه كانت الموافقة بتلك النسبة ونسبة الواحد إلى الاثنين النصف وإلى الثلاثة الثلث، وإن كان العدد المفني أكثر من عشرة فالتوافق حينئذ بالأجزاء كجزء من أحد عشر جزءاً أو غير ذلك إلى ما لا نهاية له، فإن أفنى عددين أكثر من عدد واحد، فهما متوافقان بأجزاء ما في ذلك العدد من الآحاد كالاثني عشر والثمانية عشر تفنيهما الستة والثلاثة والاثنان، فهما متوافقان بالأسداس والأثلاث والأنصاف، والعمل والاعتبار في ذلك بالجزء الأقلّ فيعتبر في هذا المثال السدس وفي المتوافقين بالأخماس والأعشار العشر، وعلى هذا القياس وحكم المتوافقين أن تضرب وفق أحدهما في كامل الآخر، والحاصل أصل المسألة **(وإن)** أي وإن اختلفا ولم يفن أكثرهما بأقلهما ولا بعدد ثالث بأن **(لم يفنهما إلا واحد)** وليس

تَبَايَنَا كَثَلاثَةٍ وَأَرْبَعَةٍ، وَالمُتَدَاخِلانِ مُتَوَافِقَانِ، وَلاَ عَكْسَ.

فـرع: إِذَا عَرَفْتَ أَصْلَهَـا وَانْقَسَمَتِ السِّهَـامُ عَلَيْهِمْ فَـذَاكَ، وَإِنِ انْكَسَـرَتْ عَلَى صِنْفٍ قُوبِلَتْ بِعَدَدِهِ، فَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ عَدَدُهُ في المَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَـا إِنْ عَالَتْ، وَإِنْ تَـوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ عَدَدِهِ فِيهَـا فَمَا بَلَغَ صَحَّتْ مِنْـهُ،

بعدد، بل هو مبدؤه **(تباينا كثلاثة وأربعة)** لأنك إذا أسقطت الثلاثة من الأربعة يبقى واحد، فإذا سلطته على الثلاثة فنيت به. وسميا متباينين لأن فناءهما بمباينهما وهو الواحـد، لأنهما عـددان والواحد ليس بعـدد كما مـرّ، وحكم المتباينين أنـك تضرب أحـد العددين في الآخـر فانحصر حينئذ نسبة كل عددين أحدهما إلى الآخر في هذه الأربعة التماثـل والتداخـل والتوافق والتبـاين **(و)** العددان **(المتداخلان متوافقان)** كثلاثة مع ستة أو تسعة فالثلاثـة داخلـة في كـل مـن الستـة والتسعـة وموافقـة لهما بـالثلث **(ولا عكس)** أي ليس كـلّ متـوافقين متـداخلين، فقـد يكـونـان متوافقين ولا يدخل أحدهما في الآخر كستـة مع ثمـانية، لأن شـرط التداخـل أن لا يزيـد على نصف ما دخل فيه، وإنما عرّف المصنف هذه الأحوال الأربعة توطئة لبيـان التصحيح المتـرجم له بقوله:

فرع: أي في تصحيح المسائل فإن تصحيحها موقوف على معرفة النسب الأربـع، وإنما تـرجم بالفـرع لأنه مـرتب على ما قبله، والمـراد بتصحيحها بيـان كيفية العمـل في القسمة بين المستحقين من أقلّ عدد بحيث يسلم الحاصل لكل منهم من الكسر، ولذلك سمي بـالتصحيح **(إذا عرفت)** أيها الطالب لتصحيح المسألة **(أصلها وانقسمت السهام)** في تلك المسألة **(عليهم)** أي الورثة **(فذاك)** ظاهر لا يحتاج لضرب: كزوج وثـلاثة بنين هي من أربعـة لكل منهم واحـد، وكزوجة وثـلاثة بنين وبنت: هي من ثمانيـة للزوجة واحـد وللبنت واحد ولكـل ابن اثنان **(وإن انكسـرت)** تلك السهام **(على صنف)** منهم سهـامه **(قـوبلت)** سهامـه **(بعدده)** أي رءوس ذلـك الصنف الذي انكسر عليه **(فإن تبـاينا)** أي السهـام والرءوس **(ضـرب عدده في المسـألة)** إن لم تعل وفيها **(بعولها إن عالت)** فما اجتمع صحت منه المسألة، مثاله بلا عول زوجة وأخوان: هي من أربعة للزوجة أربع سهم وللأخوين ثلاثة أسهم منكسرة عليهما فاضرب عددهما في المسألة وهو أربعة تبلغ ثمانية ومنها تصحّ، ومثالها بالعول زوج وخمس أخـوات لغير أمّ أصلهـا من ستة وتعول إلى سبعة للزوج ثلاثة وللأخوات أربعة وهي لا تصح عليهنّ ولا توافق، فاضرب عددهنّ وهو خمسة في المسألة بعولها وهو سبعة تبلغ خمسة وثلاثين، ومنهـا تصح. واعلم أن الضـرب عند أهل الحساب تضعيف أحد العددين بقدر مـا في الآخر من الآحـاد **(وإن توافقا)** أي سهام الصنف مع عدد رءوسـه **(ضـرب وفق عدده)** أي الصنـف **(فيهـا)** أي في أصل المسـألة أن تعـل وفيها بعولها إن عالت **(فما بلغ صحت منه)** مثالها بلا عول أمّ وأربعة أعمام، هي من ثلاثة للأم

وَإِنِ انْكَسَرَتْ عَلَى صِنْفَيْنِ قُوبِلَتْ سِهَامُ كُلِّ صِنْفٍ بِعَدَدِهِ، فَإِنْ تَوَافَقَا رُدَّ الصِّنْفُ إِلَى وَفْقِهِ، وَإِلَّا تُرِكَ، ثُمَّ إِنْ تَمَاثَلَ عَدَدُ الرُّؤُوسِ ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي أَصْلِ المَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا، وَإِنْ تَدَاخَلَا ضُرِبَ أَكْثَرُهُمَا، وَإِنْ تَوَافَقَا ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي الآخَرِ ثُمَّ الحَاصِلُ فِي المَسْأَلَةِ، وَإِنْ تَبَايَنَا ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي الآخَرِ ثُمَّ الحَاصِلُ فِي المَسْأَلَةِ، فَمَا بَلَغَ صَحَّتْ مِنْهُ،

سهم، وسهمان للأعمام لا تصح عليهم، ولكن توافق بالنصف فاضرب اثنين في ثلاثة بستة ومنها تصح، ومثالها بالعول زوج وأبوان وست بنات هي من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر، ونصيب البنات لا يصح عليهنّ ولكن يوافق بالنصف فاضرب وفقهنّ، وهو ثلاثة في خمسة عشر تبلغ خمسة وأربعين ومنها تصحّ (**وإن انكسرت**) تلك السهام (**على صنفين قوبلت سهام كل صنف بعدده**) أي الصنف المنكسر عليهم (**فإن توافقا**) أي السهام والعدد في الصنفين أو أحدهما (**ردّ الصنف**) الموافق (**إلى وفقه، وإلا**) بأن تباين السهام والعدد في الصنفين أو أحدهما (**ترك**) الصنف المباين بحاله (**ثم**) بعد ذلك (**إن تماثل عدد الرءوس**) في الصنفين بردّ كل منهما إلى وفقه، أو ببقائه على حاله، أو بردّ أحدهما وبقاء الآخر (**ضرب أحدهما**) أي العددين المتماثلين (**في أصل المسألة**) إن لم تعل و (**بعولها إن عالت، وإن تداخلا**) أي العددان (**ضرب أكثرهما**) فيما ذكر (**وإن توافقا ضرب وفق أحدهما في الآخر ثم الحاصل في المسألة**) إن لم تعل وبعولها إن عالت (**وإن تباينا ضرب أحدهما في الآخر ثم الحاصل**) من الضرب (**في**) أصل (**المسألة**) إن لم تعل وبعولها إن عالت (**فما بلغ**) الضرب في كل مما ذكر (**صحت منه**) المسألة، وحاصل ذلك أن بين سهام الصنفين وعددهما توافقاً وتبايناً، وتوافقاً في أحدهما وتبايناً في الآخر، فهذه ثلاثة أحوال، وأن بين عددهما تماثلاً وتداخلاً وتوافقاً وتبايناً، فهذه أربعة أحوال. والحاصل من ضرب ثلاثة في أربعة اثنا عشر، فكل حالة من الثلاثة لها أربع مسائل، وأنا أسرد لك أمثلتها لتتدرّب على هذا الفنّ كما فعله الشارح. أمثلة: الحالة الأولى: وهي فيما إذا كان بين الصنفين وعددهما توافق أمّ وستة إخوة لأمّ وثنتا عشرة أختا لأب هي من ستة وتعول إلى سبعة: للإخوة سهمان يوافقان عددهم بالنصف فيردّ إلى ثلاثة، وللأخوات أربعة أسهم توافق عددهنّ بالربع فيردّ إلى ثلاثة وتضرب إحدى الثلاثتين في سبعة تبلغ أحداً وعشرين، ومنه تصح. أمّ وثمانية إخوة لأمّ وثمان أخوات لأب ترد عدد الإخوة إلى أربعة والأخوات إلى اثنين وهما متداخلان فتضرب الأربعة في سبعة تبلغ ثمانية وعشرين، ومنه تصح. أمّ واثنا عشر أخاً لأمّ وست عشرة أختاً لغير أمّ تردّ عدد الإخوة إلى ستة والأخوات إلى أربعة وتضرب نصف أحدهما في الآخر يبلغ اثني عشر تضرب في سبعة تبلغ أربعة وثمانين، ومنه تصح. أمّ وستة إخوة لأمّ وثمان أخوات لأبّ تردّ عدد الإخوة إلى ثلاثة والأخوات إلى اثنين وهما متباينان فتضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة تضرب في سبعة تبلغ اثنين وأربعين،

وَيُقَاسُ عَلَى هٰـذَا الاِنْكِسَارُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ وَأَرْبَعَةٍ، وَلَا يَزِيدُ الاِنْكِسَارُ عَلَى ذٰلِكَ، فَإِذَا أَرَدْتَ مَعْرِفَةَ نَصِيبِ كُلِّ صِنْفٍ مِنْ مَبْلَغِ المَسْأَلَةِ فَاضْرِبْ نَصِيبَهُ مِنْ أَصْلِ المَسْأَلَةِ فِيْمَا ضَرَبْتَهُ فِيهَا فَمَا بَلَغَ فَهُوَ نَصِيبُهُ ثُمَّ تَقْسِمُهُ عَلَى عَدَدِ الصِّنْفِ.

ومنه تصحّ. أمثلة الحالة الثانية: وهي فيما إذا كان بين سهام الصنفين وعددهما تباين: ثلاث بنات وثلاثة إخوة لأب هي من ثلاثة، والعددان متماثلان يضرب أحدهما في ثلاثة تبلغ تسعة، ومنه تصحّ. ثلاث بنات وستة إخوة لغير أمّ العددان متداخلان تضرب أكثرهما وهو ستة في ثلاثة تبلغ ثمانية عشر، ومنه تصح. تسع بنات وستة إخوة لغير أمّ العددان متوافقان بالثلث يضرب ثلث أحدهما في الآخر تبلغ ثمانية عشر تضرب في ثلاثة تبلغ أربعة وخمسين، ومنه تصحّ. ثلاث بنات وأخوان لغير أمّ العددان متباينان تضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة تضرب في ثلاثة تبلغ ثمانية عشر، ومنه تصحّ. أمثلة الحالة الثالثة: وهي فيما إذا كان بين سهام الصنفين وعددهما توافق في أحدهما وتباين في الآخر ست بنات وثلاثة إخوة لغير أمّ ترد عدد البنات إلى ثلاثة وتضرب إحدى الثلاثتين في ثلاثة تبلغ تسعة، ومنه تصحّ. أربع بنات وأربعة إخوة لغير أمّ ترد عدد البنات إلى اثنين وهما داخلان في الأربعة فتضربهما في ثلاثة تبلغ اثني عشر، ومنه تصحّ ثمان بنات وستة إخوة لغير أمّ تردّ عدد البنات إلى أربعة، وهي توافق الستة بالنصف فتضرب نصف أحدهما في الآخر تبلغ اثني عشر تضرب في ثلاثة تبلغ ستة وثلاثين، ومنه تصحّ. أربع بنات وثلاثة إخوة لأب تردّ عدد البنات إلى اثنين، وهما مع الثلاثة متباينان تضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة تضرب في ثلاثة تبلغ ثمانية عشر، ومنه تصحّ **(ويقاس على)** جميع **(هذا)** المذكور في انكسار السهام على صنفين **(الانكسار)** فيها **(على ثلاثة أصناف)** كجدّتين وثلاثة إخوة لأمّ وعمين أصلها من ستة وتصحّ من ستة وثلاثين **(و)** الانكسار فيها على أصناف **(أربعة)** كزوجتين وأربع جدات وثلاثة إخوة لأمّ وعمين أصلها من اثني عشر وتصحّ من اثنين وسبعين **(ولا يزيد الانكسار)** في غير الولاء والوصية **(على ذلك)** أي أربعة أصناف بدليل الاستقراء لأن الورثة في الفريضة الواحدة لا يزيدون على خمسة أصناف عند اجتماع كلّ الورثة كما علم مما مرّ في اجتماع من يرث من الرجال والنساء، ومن الخمسة الزوج والأب والأم ولا تعدّد في كلّ منهم، وحينئذ فنصيبه صحيح عليه جزماً. أما الولاء والوصية فيزيد الكسر فيهما على أربعة أصناف **(فإذا أردت)** بعد تصحيح المسألة **(معرفة نصيب كلّ صنف)** من الورثة **(من مبلغ)** سهام **(المسألة فاضرب نصيبه)** أي الصنف **(من أصل المسألة)** بعولها إن عالت **(فيما ضرب فيها فما بلغ)** الضرب **(فهو نصيبه)** أي الصنف **(ثم تقسمه)** أي ما بلغ بالضرب **(على عدد الصنف)** ومثل لذلك في المحرّر بجدّتين وثلاث أخوات لغير أمّ وعمّ لغير أمّ هي من ستة، وتصحّ بضرب ستة فيها تبلغ ستة وثلاثين للجدتين واحد في ستة بستة لكلّ واحدة ثلاثة وللأخوات أربعة في ستة بأربعة وعشرين لكلّ أخت ثمانية وللعمّ واحد في ستة بستة، وإذا

فرع: مَاتَ عَنْ وَرَثَةٍ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَإِنْ لَمْ يَرِثِ الثَّانِي غَيْرُ الْبَاقِينَ وَكَانَ إِرْثُهُمْ مِنْهُ كَإِرْثِهِمْ مِنَ الأَوَّلِ جُعِلَ كَأَنَّ الثَّانِي لَمْ يَكُنْ وَقُسِّمَ بَيْنَ الْبَاقِينَ كَإِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ أَوْ بَنِينَ وَبَنَاتٍ مَاتَ بَعْضُهُمْ عَنِ الْبَاقِينَ، وَإِنْ لَمْ يَنْحَصِرْ إِرْثُهُ فِي الْبَاقِينَ أَوِ انْحَصَرَ وَاخْتَلَفَ قَدْرُ الاِسْتِحْقَاقِ

أردت معرفة نصيب كلّ صنف من الورثة قبل عمل المسألة، فاضرب نصيب ذلك الوارث في أعداد غيره من بقية الورثة فما بلغ فهو نصيب كلّ وارث، ففي المثال المذكور تضرب نصيب الجدّتين وهو واحد في أعداد الأخوات وهو ثلاثة بثلاثة، ثم في العمّ وهو واحد بثلاثة وهو ما لكلّ جدّة وهكذا، وهذا الطريق خاص بمباينة السهام للرءوس وكلّ من الرءوس للآخر. ولما فرغ من تصحيح المسائل بالنسبة لميت واحد شرع في تصحيحها بالنسبة لأكثر منه، وترجم لذلك بقوله:

فرع: في المناسخات، فهي نوع من تصحيح المسائل. والنسخ لغة: إبطال الشيء وإزالته، يقال: نسخت الشمس الظلّ إذا أذهبته وحلت محله، واصطلاحاً أن يموت أحد الورثة قبل قسمة التركة. وسمي هذا مناسخة لانتقال المال فيه من واحد إلى آخر وهو من غويص الفرائض، فإذا (**مات**) شخص (**عن ورثة فمات أحدهم قبل القسمة**) لتركته نظرت (**فإن لم يرث**) الميت (**الثاني غير**) كلّ (**الباقين**) من ورثة الميت الأوّل (**وكان إرثهم**) أي الباقين (**منه**) أي الميت الثاني (**كإرثهم من**) الميت (**الأوّل جعل**) حالهم بالنظر إلى الحساب والاختصار فيه لا لكونه واجباً شرعاً (**كأن**) الميت (**الثاني لم يكن**) من ورثة الأوّل (**وقسم**) المتروك (**بين الباقين**) من الورثة (**كإخوة وأخوات**) لغير أمّ (**أو بنين وبنات مات بعضهم عن الباقين**) لأن المال صار إليهم بطريق واحد، فكأن الذين ماتوا بعد الأوّل لم يكونوا، فلو مات عن أربعة بنين وأربع بنات ثم مات منهم ابن، فالمسألة الأولى من اثني عشر لكلّ ابن سهمان ولكلّ بنت سهم، فإن مات ابن منهم صارت المسألة على عشرة، فإن ماتت بنت عمن بقي صارت على تسعة، فإن مات ابن عمن بقي صارت على سبعة، فإن ماتت بنت عمن بقي صارت على ستة، فإن مات ابن عمن بقي صارت على أربعة، فإن ماتت بنت عمن بقي صارت على ثلاثة، وكأن الميت لم يخلف غير ابن وبنت فله سهمان ولها سهم واحد.

تنبيه: إنما قدم المصنف الإخوة على البنين، لأن العمل فيهم باق ابتداء ودواماً فإذا خلف إخوة وأخوات ثم مات أحدهم، فالورثة في المسألتين بالإخوة، بخلاف البنين فإنه إذا مات عن ابنين وبنات ثم مات بعضهم، فالإرث في الأولى بالبنوّة وفي الثانية بالأخوة، وأفهم تصويره المسألة بالعصبة أنه لا يأتي في غيرهم، وليس مراداً بل يأتي في غير العصبة أيضاً كما سيأتي تمثيله بجدّتين وثلاث أخوات متفرقات، وفي الفرض والتعصيب كأمّ وأخوة لأم ومعتق ثم مات أحد الإخوة عن الباقين (**وإن لم ينحصر إرثه**) أي الميت الثاني (**في الباقين**) إما لأن الوارث غيرهم أو لأن غيرهم يشكرهم فيه (**أو انحصر**) فيهم (**واختلف قدر الاستحقاق**) لهم

فَصَحِّحْ مَسْأَلَةَ الأَوَّل ثُمَّ مَسْأَلَة الثَّانِي ثُمَّ إِنِ انْقَسَمَ نَصِيبُ الثَّانِي مِنْ مَسْأَلَةِ الأَوَّلِ عَلَى مَسْأَلَتِهِ فَذَاكَ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ ضُرِبَ وَفْقُ مَسْأَلَتِهِ فِي مَسْأَلَةِ الأَوَّلِ، وَإِلَّا كُلُّهَا فِيهَا فَمَا بَلَغَ صَحَّتَا مِنْهُ، ثُمَّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الأُولَى أَخَذَهُ مَضْرُوباً فِيمَا ضُرِبَ فِيهَا، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ أَخَذَهُ مَضْرُوباً فِي نَصِيبِ الثَّانِي مِنَ الأُولَى أَوْ فِي وَفْقِهِ إِنْ كَانَ بَيْنَ مَسْأَلَتِهِ وَنَصِيبِهِ وَفْقٌ.

من الميت الأوّل والثاني (**فصحح مسألة الأوّل ثم**) صحح (**مسألة الثاني ثم**) بعد تصحيحهما ينظر (**إن انقسم نصيب الثاني من مسألة الأوّل على مسألته فذاك**) ظاهر كزوج وأختين لغير أمّ ماتت إحداهما عن الأخرى وعن بنت المسألة الأولى من ستة وتعول إلى سبعة والثانية من اثنين ونصيب ميتهما من الأولى اثنان ينقسم عليهما (**وإلا**) أي وإن لم ينقسم نصيب الثاني من الأولى على مسألته نظرت (**فإن كان بينهما**) أي مسألة الثاني ونصيبه (**موافقة ضرب وفق مسألته**) أي الثاني (**في مسألة الأوّل**) كجدّتين وثلاث أخوات متفرّقات ثم ماتت الأخت للأم عن أخت لأم هي الشقيقة في الأولى وعن أختين لأبوين وعن أم هي إحدى الجدّتين في الأولى أصل المسألة الأولى من ستة، وتصحّ من اثني عشر والثانية من ستة ونصيب ميتها من الأولى اثنان يوافقان مسألتها بالنصف فتضرب نصف مسألتها وهم ثلاثة في الأولى تبلغ ستة وثلاثين لكلّ جدّة من الأولى سهم في ثلاثة بثلاثة وللوارثة في الثانية سهم منها في واحد بواحد وللأخت للأبوين في الأولى ستة منها في ثلاثة بثمانية عشر ولها من الثانية سهم في واحد بواحد وللأخت وللأب في الأولى سهمان في ثلاثة بستة وللأختي للأبوين في الثانية أربعة منها في واحد بأربعة. فإن قيل: لِمَ لا ورثت الأختان في الأولى أيضاً؟ أجيب بأن ذاك كان لمانع وجد لهما عند الأولى كرق وكان زائلاً عند الثانية (**وإلا**) أي وإن لم يكن بينهما موافقة بل مباينة فقط وإن أوهم دخول التماثل والتداخل أيضاً تحت قوله: وإلا ضربت (**كلها**) أي الثانية (**فيها**) أي الأولى (**فما بلغ**) الضرب (**صحتا**) أي المسألتان (**منه، ثم**) تقول (**من له شيء من**) المسألة (**الأولى أخذه مضروباً فيما ضرب فيها**) من وفق المسألة الثانية أوكلها (**ومن له شيء من**) المسألة (**الثانية أخذه مضروباً في نصيب الثاني من الأولى، أو**) أخذه مضروباً (**في وفقه إن كان بين مسألته ونصيبه وفق**) كزوجة وثلاثة بنين وبنت ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة وهم الباقون من الأولى المسألة الأولى من ثمانية، والثانية تصحّ من ثمانية عشر ونصيب ميتها من الأولى سهم لا يوافق مسألته فتضرب في الأولى تبلغ مائة وأربعة وأربعين للزوجة من الأولى سهم في ثمانية عشر بثمانية عشر، ومن الثانية ثلاثة في واحد بثلاثة ولكلّ ابن من الأولى سهمان في ثمانية عشر بستة وثلاثين، ومن الثانية خمسة في واحد بخمسة وما صحت منه المسألتان صار كمسألة أولى، فإذا مات ثالث عمل في مسألته ما عمل في الثاني وهكذا، فإذا صحت الأولى

ثم الثانية وجعلتهما كمسألة واحدة كما تقدم بيانه فصحح الثالثة وانظر بينها وبين سهام الميت الثالث وهو ما خصه من التصحيح، فإن صحت عليها فذاك وإن لم تصح، فإن كان بينهما موافقة رددت الثالثة إلى وفقها والسهام إلى وفقها وضربت وفق الثالثة التي صارت ثانية في كل التصحيح فما بلغ صحت منه وإن كان بينهما مباينة فاضرب كل الثالثة في كل التصحيح فما بلغ صحت منه، ثم من له شيء من التصحيح يأخذه مضروباً في وفق الثالثة في صورة الموافقة أو في كلها في صورة المباينة وقد صارت الثلاث واحدة، فإن فرض هناك ميت رابع صحح مسألته وأعملها على هذا القياس، فلو ماتت امرأة عن زوج وأمّ وثلاث بنات ثم مات الزوج عن ابنين ثم ماتت الأمّ عن أخ وأخت لأب فتعول الأولى من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر، وتصح من تسعة وثلاثين للزوج تسعة وللأم ستة وللبنات أربعة وعشرون لكل واحدة ثمانية والثانية من اثنين ونصيب الميت الثاني من الأولى تسعة لا يصح على مسألته ولا يوافق فاضرب الثانية وهي اثنان في الأولى يحصل ثمانية وسبعون ومنها تصح المسألتان، ثم من له شيء من الأولى أخذه مضروباً فيما ضرب فيها وهو اثنان، ومن له شيء من الثانية أخذه مضروباً في نصيب مورثه من المسألة الأولى فتقول: كان للأم من الأولى ستة في اثنين باثني عشر وكان لكل ميت من الثلاثة من الأولى ثمانية في اثنين بستة عشر، وكان لكل ابن من الثانية سهم في تسعة بتسعة والمسألة الثالثة من ثلاثة ونصيب الميت مما صحت منه الأولتان اثنا عشر تنقسم على مسألتها للأخ ثمانية وللأخت أربعة فقد صحت المسائل الثلاث مما صحت منه الأولتان، ولك أن تصحح كل مسألة برأسها وتقابل نصيب كل ميت بمسألته، فمن انقسم نصيبه على مسألته فلا اعتداد بمسألته، ومن لم ينقسم حفظت مسألته بتمامها إن لم توافق نصيبه أو وفقها إن توافقا وفعلت بها كما يفعل بأعداد الأصناف المنكسر عليهم سهامهم من المسألة الواحدة، فما حصل ضربته في المسألة الأولى، فما حصل قسمته فتضرب ما لكل واحد من الأولى في العدد المضروب فيها، فما خرج فهو له إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً.

خاتمة: قد يذكر في المناسخات ما يستحيل وجوده فليتفطن له، كما لو قيل زوج وأربع بنات وعم ثم لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البنات وخلفت أماً ومن في المسألة وهذا مستحيل لأن أمّ البنت هي الميتة الأولى فيستحيل كونها موجودة بعد ذلك، وكذا إذا قيل أبوان وابنتان لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البنتين وخلفت من في المسألة فيقال: الميت الأوّل ذكر أم أنثى. يقال: إن المأمون لما أراد أن يولي يحيى بن أكثم القضاء سأله عن هذه المسألة. فقال له: يا أمير المؤمنين الأوّل كان ذكراً أم أنثى فولاه القضاء وقال: إذا عرفت الفرق عرفت الجواب، وذلك لأنه إن كان رجلاً فالأب وارث في المسألة الثانية لأنه أبو الأب وإلا فغير وارث لأنه أبو الأمّ، فإذا كان الميت الأوّل رجلاً صحت من أربعة وخمسين، بيان ذلك أن مسألة الميت الأوّل من ستة للأبوين السدسان وللبنتين الثلثان لكل واحدة سهمان، ومسألة الميت الثاني وهي إحدى البنتين من ستة أيضاً للجدّة سهم يفضل خمسة بين الجدّ للأب وبين الأخت

أثلاثاً وهي لا ثلث لها صحيح فتضرب ثلاثة في ستة بثمانية عشر، ومنها تصح وبينها وبين سهام الميتة وهما اثنان موافقة بالنصف فتردّها إلى نصفها تسعة وتضربها في ستة تبلغ أربعة وخمسين فتعمل فيها بما عرفت وإن كان أنثى صحت من ثمانية عشر، بيانه أن مسألة الميت الأوّل من ستة كما مرّ، ومسألة الميت الثاني من ستة أيضاً والجدّ أبو الأمّ لا يرث فتأخذ الجدّة سهماً والأخت ثلاثة والباقي لبيت المال بشرطه وإلا فيردّ عليهما بالنسبة، وبين مسألة الميت الثاني وسهامه موافقة بالنصف فتردّها إلى ثلاثة وتضربها في ستة تبلغ ثمانية عشر فتعمل فيها بما مرّ. ولما شاركت الوصايا الفرائض في التعليق بما بعد الموت ذكرها عقبها فقال:

كِتَابُ الوَصَايَا

كِتَابُ الوَصَايَا

ولكن تقديمها أنسب، لأن الإنسان يوصي ثم يموت فتقسم تركته، وهي جمع وصية كهدايا وهدية. قال الشارح: بمعنى الإيصاء: أي لتشمل الوصاية فإن الباب معقود لهما، والإيصاء يعمّ الوصية، والوصايا لغة والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء، وهي تخصيص الوصية بالتبرّع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده. والوصية لغة الإيصال من وصى الشيء بكذا وصله به، لأن الموصي وصل خير دنياه بخير عقباه. وشرعاً تبرّع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت[1]، وليس التبرّع بتدبير ولا تعليق عتق وإن التحقا بها حكماً كالتبرّع المنجز في مرض الموت، أو الملحق به. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى في أربعة مواضع من المواريث ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا﴾ [النساء: ١١]. وأخبار كخبر الصحيحين: «مَا حَقُّ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي بِهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ» أي ما الحزم أو ما المعروف من الأخلاق إلا هذا فقد يفجؤه الموت، ولخبر ابن ماجة: «المَحْرُومُ مَنْ حُرِمَ الوَصِيَّةَ مَنْ مَاتَ عَلَى وَصِيَّةٍ مَاتَ عَلَى سَبِيلٍ وَسَنَةٍ وَتُقًى وَشَهَادَةٍ وَمَاتَ مَغْفُوراً لَهُ» وكانت أوّل الإسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتَ إِنْ تَرَكَ خَيْراً﴾ [البقرة: ١٨٠]: أي مالاً الوصية ـ الآية، ثم نسخ وجوبها بآيات المواريث، وبقي استحبابها في الثلث فأقلّ لغير الوارث وإن قلّ المال وكثر العيال، والأفضل تقديم القريب غير الوارث وتقديم المحرم منهم ثم ذي رضاع ثم صهر ثم ذي ولاء ثم جوار كما في صدقة التطوّع المنجزة وأهل الخير والمحتاجون ممن ذكر

---

(١) الوصايا لغة: جمع وصية، قال ابن القطاع: يقال: وصَّيْتُ إليه وصَاية ووصِيَّة، وَوَصَّيْتُهُ وأوْصَيْتُه، وأوْصَيْتُ إليه، وَوَصَّيْتُ الشيء بالشيء وَصِياً: وَصَلْتُهُ. قال الأزهري: وسُميت الوصية وصية، لأن الميت لما أوصى بها، وصَلَ ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته، يُقال: وصَّى وأوصَى بمعنى، ويقال: وصى الرجل أيضاً، والاسم: الوصيّة والوُصَاة.

انظر: المصباح المنير ٢/٦٦٢، الصحاح ٦/٢٥٢٥، والمغرب ٢/٣٥٧، لسان العرب ٦/٤٨٥٣.

اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

عرفها المالكية بأنها: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده.

عرفها الحنابلة بأنها: الأمر بالتصرف بعد الموت.

انظر: شرح فتح القدير ٨/٤١٦، شرح منح الجليل ٤/٦٤٢، كشاف القناع ٤/٣٣٥.

تَصِحُّ وَصِيَّةُ كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ وَإِنْ كَانَ كَافِراً وَكَذَا مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى المَذْهَبِ، لَا مَجْنُونٍ وَمُغْمًى عَلَيْهِ وَصَبِيٍّ، وَفِي قَوْلٍ تَصِحُّ مِنْ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ، وَلَا رَقِيقٍ، وَقِيلَ إِنْ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ صَحَّتْ،

أولى من غيرهم. أما الوارث فلا يستحب الوصية له، وهي واجبة على من عليه حق لله تعالى: كزكاة وحج أو حق لآدميين: كوديعة ومغصوب إذا لم يعلم بذلك من يثبت بقوله بخلاف ما إذا كان به من يثبت بقوله: فلا تجب الوصية به. قال الأذرعي: إذا لم يخش منهم كتمانه كالورثة والموصى لهم اهـ وهو حسن، وينبغي كما قال الإسنوي أنه يكتفى بالشاهد الواحد وصدقة الشخص صحيحاً ثم حياً أفضل من صدقته مريضاً وبعد الموت لخبر الصحيحين: «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ أَنْ تَتَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ تَأْمُلُ الغِنَى وَتَخْشَى الفَقْرَ وَلَا تُمْهِلْ حَتَّى إِذَا بَلَغَتِ الحُلْقُومَ: قُلْتَ لِفُلَانٍ كَذَا». وأركان الوصية أربعة: موص، وموصى له، وموصى به، وصيغة، وذكرها المصنف على هذا الترتيب، وبدأ بالأوّل فقال: (**تصح وصية كل مكلف حرّ**) مختار بالإجماع لأنها تبرّع (**وإن كان كافراً**) ولو حربياً كما قاله الماوردي، وإن استرقّ بعدها، وماله عندنا بأمان كما بحثه الزركشي.

تنبيه: شمل إطلاقه المرتدّ فتصح وصيته. نعم إن مات أو قتل كافراً بطلت وصيته لأن ملكه موقوف على الأصح، ومن عليه دين مستغرق فتصح وصيته كما يؤخذ من كلام القاضي (**وكذا محجور عليه بسفه**) تصح وصيته (**على المذهب**) لصحة عبارته، ونقل فيه ابن عبد البرّ والأستاذ أبو منصور وغيرهما الإجماع، وإنما أفرده المصنف مع دخوله في المكلف الحرّ بالذكر للخلاف فيه، والطريق الثاني قولان أحدهما: لا تصح للحجر عليه، فالسفيه بلا حجر تصح وصيته جزماً، وخرج بالسفيه حجر الفلس فتصح الوصية معه جزماً كما قاله القاضي حسين. ثم شرع في محترز قوله: مكلف، فقال: (**لا مجنون**) ومعتوه ومبرسم (**ومغمى عليه وصبيّ**) فلا تصح وصية كل منهم، إذ لا عبارة لهم. وأما السكران المتعدّى بسكره فإنه في رأي المصنف غير مكلف وتصح وصيته، واستثنى الزركشي من المغمى عليه ما لو كان سببه سكراً عصى به، وكلامه منتظم فتصح وصيته (**وفي قول**) تصح الوصية (**من صبيّ مميز**) كما نصّ عليه في الإملاء، ورجحه جمع من الأصحاب، ولأنها لا تزيل ملكه في الحال، وتفيد الثواب بعد الموت، وأفهم كلامه أن غير المميز لا تصح وصيته جزماً، وبه صرّح المتولي والدارمي. ثم شرع في محترز قوله: حرّ. فقال: (**ولا رقيق**) فلا تصح وصيته، سواء أكان قناً أم مدبراً أم مكاتباً لم يأذن له سيده أم أمّ ولد لأن الله تعالى جعل الوصية حيث التوارث، والرّقيق لا يورث، فلا يدخل في الأمر بالوصية (**وقيل: إن**) أوصى في حال رقه ثم (**عتق ثم مات صحت**) لأن عبارته صحيحة، وقد أمكن العمل بها، والصحيح المنع لعدم أهليته حينئذ. إما إذا أذن للمكاتب سيده فتصبح وصيته لصحة تبرّعه بالإذن، وبه صرح الصيمري.

وَإِذَا أَوْصَى لِجِهَةٍ عَامَّةٍ فَالشَّرْطُ أَنْ لَا تَكُونَ مَعْصِيَةً كَعِمَارَةِ كَنِيسَةٍ، أَوْ لِشَخْصٍ فَالشَّرْطُ أَنْ يُتَصَوَّرَ لَهُ الْمِلْكُ

تنبيه: قضية إطلاقهم بطلان وصية المبعض. قال الأذرعي: ولم أرَ فيه نصاً، وقياس التوريث عنه الصحة اهـ فتصح فيما يستحقه ببعضه الحر لأنه يورث عنه. قال شيخنا: وظاهر أن محله في غير العتق لأن العتق يستعقب الولاء، والمبعض ليس من أهله اهـ والذي يظهر كما قال شيخي: الصحة لأن الرق ينقطع بالموت، والعتق لا يكون إلا بعده. ثم شرع في الركن الثاني، وهو الموصى له، فقال: (**وإذا أوصى لجهة عامة، فالشرط**) في الصحة (**أن لا تكون**) الجهة (**معصية كعمارة كنيسة**) للتعبد فيها ولو ترميماً، وكتابة التوراة والإنجيل وقراءتهما، وكتابة كتب الفلسفة والنجوم وسائر العلوم المحرمة، ومن ذلك الوصية لدهن سراج الكنيسة تعظيماً لها. أما إذا قصد انتفاع المقيمين والمجاورين بضوئها، فالوصية جائزة وإن خالف في ذلك الأذرعي، وسواء أوصى بما ذكر مسلم أم كافر، بل قيل: إن الوصية ببناء الكنيسة من المسلم ردّة، ولا تصح أيضاً الوصية ببناء موضع لبعض المعاصي كالخمارة، وإذا انتفت المعصية فلا فرق بين أن يكون قربة كالفقراء أو بناء المساجد وعمارة قبور الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، وألحق الشيخ أبو محمد بها قبور العلماء والصالحين لما فيه من إحياء الزيارة والتبرّك بها أو مباحة لا تظهر فيها القربة كالوصية للأغنياء وفكّ أساري الكفار من المسلمين، لأن القصد من الوصية تدارك ما فات في حال الحياة من الإحسان، فلا يجوز أن تكون معصية.

تنبيه: أطلق المصنف منع الوصية بعمارة الكنيسة، ومحله في كنيسة للتعبد كما قيدت به كلامه. أما كنيسة تنزلها المارّة أو موقوفة على قوم يسكنونها أو تحمل أجرتها للنصارى فيجوز، نصّ عليه في كتاب الجزية، وحكى الماوردي وجهاً: أنه إن خص نزولها بأهل الذمة حرم، واختاره السبكي، ولو أوصى ببنائها لنزول المارّة والتعبد لم يصح في أحد وجهين، يظهر ترجيحه تغليباً للحرمة (**أو**) أوصى (**لشخص**) أي معين، ولو عبر به بدلاً عن الشخص كما فعل في الوقف لكان أولى ليدخل ما إذا تعدد أفراده: كزيد وعمرو وبكر (**فالشرط**) عدم المعصية كما يؤخذ من التعليل السابق، وخرج بالمعين الوصية لأحد الرجلين فلا تصح. نعم إن كان بلفظ العطية: كأعطوا العبد لأحد الرجلين صح كما حكاه الرافعي عن المهذب والتهذيب وغيرهما تشبيهاً بما إذا قال لوكيله بعه لأحد الرجلين، و (**أن يتصوّر له الملك**) عند موت الموصي ولو بمعاقدة وليه، وقضية هذا أنها لا تصح لميت، لكن ذكر الرافعي في باب التيمم: أنه لو أوصى بماء لأولى الناس به وهناك ميت قدّم على المتنجس أو المحدث الحي على الأصح، وهذه في الحقيقة ليست وصية لميت بل لوارثه لأنه هو الذي يتولى أمره.

تنبيه: مقتضى هذا التقسيم أنه لا بدّ من ذكر الموصى له معيناً أو عاماً، لكن كلام الرافعي في باب الوقف يقتضي الاتفاق على أنه لا يشترط. وقال في زوائد الروضة هنا: لو قال: أوصيت بثلث مالي لله تعالى صرف في وجوه البرّ ذكره صاحب العدّة، وقال: هو قياس

فَتَصِحُّ لِحَمْلٍ وَتَنْفُذُ إِنِ انْفَصَلَ حَيّاً وَعُلِمَ وُجُودُهُ عِنْدَهَا بِأَنِ انْفَصَلَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنِ انْفَصَلَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَكْثَرَ، وَالمَرْأَةُ فِرَاشُ زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشاً وانْفَصَلَ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَكَذٰلِكَ أَوْ لِدُونِهِ اسْتَحَقَّ فِي الأَظْهَرِ،

قول الشافعي. ويؤخذ من اعتبار تصوّر الملك اشتراط كون الموصي به مملوكاً للموصي فتمتنع الوصية بمال الغير، وهو قضية كلام الرافعي في الكتابة، لكنه هنا حكى وجهين. قال المصنف: وقياس الباب الصحة: أي يصير موصي به إذا ملكه قبل موته، وهو المعتمد وإن نوزع في ذلك، ولو أرسل الوصية ولا شيء له صح كما قاله الرافعي في الركن الخامس من الطلاق كالنذر، وكذا لو علق بملكه له، كأن قال: أوصيت به لفلان إن ملكته فيصير موصى به إذا ملكه، فإن كان يملك بعضه صحت قطعاً. قال القاضي أبو الطيب: ويؤخذ منه أيضاً أن الوصية لا تصح لجني، وبه صرح ابن قدامة الحنبلي لأنه لا يملك بالتمليك، وهو موافق لمن منع نكاح الجنية، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى في كتاب النكاح. ثم فرع المصنف على تصوّر الملك قوله: **(فتصح)** الوصية **(لحمل)** موجود ولو نطفة كما يرث بل أولى لصحة الوصية لمن يرث كالمكاتب. أما لو قال لحملها الذي سيحدث فالأصح البطلان **(وتنفذ)** بمعجمة **(إن انفصل)** الحمل (حياً) حياة مستقرة، فلو انفصل ميتاً ولو بجناية فلا شيء له كما لا يرث **(وعلم وجوده عندها)** أي الوصية **(بأن انْفَصَلَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ)** منها لأنها أقل مدّة الحمل، فإذا خرج قبلها علم أنه كان موجوداً عند الوصية، وسواء أكان لها زوج أم سيد أم لا **(فإن انفصل لستة أشهر فأكثر)** منها **(والمرأة فراش زوج أو سيد لم يستحق)** الموصى به لاحتمال حدوثه بعد الوصية، والأصل عدمه عندها فلا يستحق بالشك **(فإن لم تكن)** أي المرأة الآن **(فراشاً)** لزوج أو سيد **(وانفصل)** الحمل **(لأكثر من أربع سنين فكذلك)** أي لم يستحق الحمل الموصي له لعدم وجوده عند الوصية **(أو لدونه)** أي دون الأكثر، وهو الأربع فأقل **(استحق في الأظهر)** كما يثبت النسب ولأن الظاهر وجوده عند الوصية. والثاني: لا يستحق لاحتمال العلوق بعد الوصية من وطء شبهة أو زنا، وردّ بأن الأصل عدم ذلك، ووطء الشبهة نادر، وفي تقدير الزنا إساءة ظنّ. نعم لو لم تكن فراشاً قط لم تستحق شيئاً قاله السبكي تفقهاً، ونقله غيره عن الأستاذ أبي منصور، وهو كما قال الزركشي ظاهر في الفاسقة ونحوها دون غيرها.

تنبيه: ما ذكره المصنف من إلحاق الستة أشهر بما فوقها والأربع سنين بما دونها هو ما ذكره في أصل الروضة وغيره وهو المعتمد وإن صوّب الإسنوي وغيره إلحاق الستة بما دونها معللاً ذلك بأنه لا بدّ من تقدير زمن يسع لحظتي الوطء والوضع كما ذكروه في العدد، وقدردّ ما صوّبه بأن لحظة الوطء إنما اعتبرت جريا على الغالب من أن العلوق لا يقارن أوّل المدّة وإلا فالعبرة بالمقارنة فالستة على هذا ملحقة بما فوقها كما جرى عليه المصنف هنا، وعلى الأوّل بما دونها كما قالوه في المحل الآخر، وبذلك علم أن كلا صحيح وأن التصويب سهو، وإن

وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدٍ فَاسْتَمَرَّ رِقُّهُ فَالْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي فَلَهُ، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ ثُمَّ قَبِلَ بُنِيَ عَلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَ تُمْلَكُ،

جرى ابن المقري على أن الأربعة ملحقة بما فوقها فقدّر عليه أيضاً بأنا أثبتنا النسب فيها كما مرّ فلا تبعض الأحكام، ولو انفصل توءم لدون ستة أشهر من الوصية ثم آخر لدونها من الولادة استحقا، وإن زاد ما بين الوصية وبين الثاني على ستة أشهر، والمرأة فراش لأنهما حمل واحد، ولو قال: أوصيت لحمل هند من زيد اعتبر ما مع مر ثبوت نسبه بالشرع من زيد حتى لو ثبت منه ثم نفاه باللعان لم يستحق لعدم ثبوت النسب، بخلاف ما لو اقتصر على الوصية لحمل فلانة، ويقبل الوصية للحمل وليه ولو وصياً بعد الانفصال حياً، فلو قبل قبله لم يكف كما جرى عليه ابن المقري، وقيل: يكفي كمن باع مال أبيه يظنّ حياته فبان ميتاً وصححه الخوارزمي (وإن أوصى) لحرّ فرّق لم تكن الوصية لسيده مطلقاً بل متى عتق فهي له، وإن مات رقيقاً كانت الوصية فيئاً في الأظهر على قياس ما ذكروه في مال من استرقّ بعد نقض أمانه قاله الزركشي. والثاني: لورثة الموصي، وإن أوصى **(لعبد)** لغيره وليس بمكاتب ولا مبعض **(فاستمر رقه)** إلى موت الموصي **(فالوصية لسيده)** عند موت الموصي والقبول: أي تحمل على ذلك لتصح لكن بشرط قبول العبد لها وإن نهاه سيده عن القبول، ولا يكفي قبول سيده لأن الخطاب لم يكن معه بل مع العبد، هذا إذا كان العبد أهلاً للقبول وإلا قبل السيد كوليّ الحرّ بل أولى لأن الملك له على كل حال، وقيل: يوقف الحال إلى تأهله للقبول.

تنبيه: محل صحة الوصية للعبد إذا لم يقصد الموصي تمليكه، فإن قصده. قال في المطلب: لم تصح كنظيره في الوقف، وفرّق السبكي بأن الاستحقاق هنا منتظر فقد يعتق العبد قبل موت الموصي فتكون له أوّلاً فلمالكه بخلافه ثمّ فإنه ناجز، وليس العبد أهلاً للملك. وقضية هذا الفرق: أنه لو قال وقفت هذا على زيد ثم على عبد فلان وقصد تمليكه صح له لأن استحقاقه منتظر، ويقيد كلامهم بالوقف على الطبقة الأولى، وهو كما قال شيخنا متجه لأنه يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع **(وإن عتق)** كله **(قبل موت الموصي)** أو باعه كله كذلك **(فله)** في الأولى، لأن الوصية تمليك بعد الموت، وهو حرّ حينئذ، وللمشتري في الثانية لأن سيّده وقت الموت والقبول، فإن عتق بعضه أو باع بعضه، فقياس ما قالوا فيما إذا أوصى لمبعض ولا مهايأة بينه وبين سيده أن الموصي به بينهما أنه هنا بينهما أيضاً في الأولى وبين السيدين في الثانية، وإن كان بين المبعض وسيده مهايأة أو بين السيدين وأوصى أو وهب له فلصاحب النوبة يوم الموت في الوصية ويوم القبض في الهبة، ولو خصص بها نصفه الحرّ أو الرّقيق أو أحد السيدين تخصص **(وإن عتق)** أو بيع بعد موت الموصي والقبول فالملك للمعتق أو البائع وإن عتق أو بيع **(بعد موته)** أي الموصي **(ثم قبل)** الوصية **(بنى)** الكلام في هذه المسألة **(على أن الوصية بم تملك)** إن قلنا بالموت بشرط القبول، وهو الأظهر، أو بالموت فقط

وَإِنْ أَوْصَى لِدَابَّةٍ وَقَصَدَ تَمْلِيكَهَا أَوْ أَطْلَقَ فَبَاطِلَةٌ، وَإِنْ قَالَ لِيُصْرَفَ فِي عَلْفِهَا فَالمَنْقُولُ صِحَّتُهَا،

فهي للمعتق أو البائع، وإن قلنا بالقبول فقط فللعتيق في الأولى والمشتري في الثانية، ولو عتق مع الموت فالملك للعتيق لأنه حرّ وقت الملك. أما إذا أوصى لعبد نفسه، فإن أوصى له برقبته صح، وإن أوصى له بثلث ماله نفذت الوصية في ثلث رقبته لأنه من ماله وعتق ذلك الثلث وباقي الثلث من سائر أمواله وصية لمن بعضه ملك للوارث وبعضه حرّ، وإن أوصى له بمال ثم أعتقه فهو له أو باعه فللمشتري وإلا بأن مات وهو في ملكه فوصية لوارث، وسيأتي حكمها، ولو أوصى له بثلث ماله وشرط تقديم عتقه فاز مع عتقه بباقي الثلث، وتصح الوصية لأمّ ولده لأنها تعتق بموته ومكاتبه لأنه مستقل بالملك ومدبره كالقنّ، فإن عتق المكاتب فهي له وإلا فوصية لوارث لأنه المالك له وقت الملك أو عتق المدبر، وخرج عتقه مع وصيته من الثلث استحقها، وإن لم يخرج منه إلا أحدهما قدّم العتق فيعتق كله، ولا شيء له بالوصية، وإن لم يف الثلث بالمدبر عتق منه بقدر الثلث وصارت الوصية لمن بعضه للوارث **(وإن أوصى لدابة)** لغيره **(وقصد تمليكها أو أطلق فباطلة)** هذه الوصية جزماً لأن مطلق اللفظ للتمليك، والدابة لا تملك، بخلاف الإطلاق للعبد فإنه ينتظم معه الخطاب ويأتي معه القبول، وربما عتق قبل موت الموصي فيثبت له الملك بخلاف الدابة.

تنبيه: قد جزموا هنا بالبطلان وذكروا في إطلاق الوقف عليها وجهين. قال الرافعي: فيشبه مجيئهما هنا، وقد يفرّق بأن الوصية تمليك محض فينبغي إضافته إلى من يملك بخلاف الوقف. قال المصنف: والفرق أصحّ. قال الزركشي: وقياس ما مر في صحة الوقف على الخيل المسبلة صحة الوصية لها: أي عند الإطلاق بل أولى **(وإن قال ليصرف في علفها)** بسكون اللام وفتحها بخطه. الأولى مصدر والثانية للمأكول **(فالمنقول)** وعبر في الروضة بالظاهر المنقول **(صحتها)** لأن علفها على مالكها فهو المقصود بها كالوصية لعمارة داره فإنها له، لأن عمارتها عليه فهو المقصود بها. هذا ما نقله الرافعي عن البغوي والغزالي وغيرهما، ومقابل المنقول احتمال للرافعي فإنه قال: وقد تقدّم في نظيره من الوقف وجهان، فيشبه أن هذا مثله، وعبارة المحرّر فالظاهر الصحة. قال في الدقائق: ومراده بالظاهر ما ذكرناه من أنه المنقول لا أنه ناقل الخلاف في صحتها اهـ وعلى المنقول يشترط قبول مالك الدابة والدار أيضاً كسائر الوصايا. ثم يتعين صرفه في الأولى لعلفها وفي الثانية لعمارتها كما بحثه شيخنا رعاية لغرض الموصي، ويتولى الإنفاق عليها الوصي أو نائبه من مالك أو غيره ثم القاضي أو نائبه كذلك، فلو باعها مالكها انتقلت الوصية للمشتري. قال المصنف كما في العبد، وقال الرافعي: هي للبائع. قال السبكي: وهو الحقّ إن انتقلت بعد الموت وإلا فالحق أنه للمشتري، وهو قياس العبد في التقديرين، وقضيته أنه فهم أن المصنف قائل بأنها للمشتري مطلقاً، وليس مراداً بل قوله كما في العبد يقتضي أنه قائل بالتفصيل، وعليه لو قبل البائع ثم باع

وَتَصِحُّ لِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الأَصَحِّ، وَتُحْمَلُ عَلَى عِمَارَتِهِ وَمَصَالِحِهِ، وَلِذِمِّيٍّ، وَكَذَا حَرْبِيٌّ وَمُرْتَدٌّ فِي الأَصَحِّ،

الدابة فظاهر أنه يلزمه صرف ذلك لعلفها وإن صارت ملك غيره **(وتصحّ)** الوصية من كل مسلم أو كافر **(لعمارة)** أو مصالح **(مسجد)** إنشاء وترميماً لأنه قربة، وفي معنى المسجد المدرسة والرباط المسبل والخانقاه وقيد في الكافي وغيره المسجد بالموجود، فإن أوصى لمسجد سيبنى لم تصحّ جزماً وهو نظير ما جزم به الرافعي فيما إذا وقف على مسجد سيبني **(وكذا إن أطلق)** الوصية للمسجد ونحوه كأوصيت له بكذا يصح **(في الأصحّ. وتحمل على عمارته ومصالحه)** لأن العرف يحمله على ذلك ويصرفه قيمه في أهمها باجتهاده. والثاني يبطل لأنه لا يملك كالدابة، وردّه الإمام بأن الوصية للدابة نادر مستنكر في العرف فتعين اعتبار اللفظ.

تنبيه: سكت المصنف عما إذا قال: أردت تمليك المسجد، ونقل الرافعي عن بعضهم أن الوصية باطلة، ثم قال: ولك أن تقول سبق أن للمسجد ملكاً وعليه وقفاً، وذلك يقتضي صحة الوصية. قال المصنف: وهو الأفقه والأرجح. وقال ابن الرفعة: في كلام الرافعي في اللقطة ما يفهم جواز الهبة للمسجد. قال ابن الملقن: وبه صرح القاضي في تعليقه والكعبة في ذلك كالمسجد كما صرح به في البيان نقلاً عن الشيخ أبي علي. قال: ويصرف في عمارتها، وقيل إلى ساكن مكة، وينبغي كما قال ابن شهبة إلحاق الكسوة بالعمارة فإنها من جملة المصالح، وكذا ما أوصى به للضريح النبوي على ساكنه أفضل الصلاة والسلام يحمل على ما يختصّ به دون الأشياء الخارجة عنه كما ذكره السبكي في حرمه فإنها قد تدخل في الوصية للحرم **(وتصحّ)** الوصية **(لذمي)** بما يصحّ تملكه له كما يجوز التصدّق عليه، ففي الحديث الصحيح: «فِي كُلِّ كَبِدٍ حَرَّاءَ أَجْرٌ»(١) وعن البيهقي: «أَنَّ صَفِيَّةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا أَوْصَتْ لأَخِيهَا بِأَلْفِ دِينَارٍ وَكَانَ يَهُودِيّاً» أما ما لا يصح تملكه له كالمصحف والعبد المسلم فلا تصحّ الوصية له به، وفي معنى الذمي المعاهد والمستأمن كما قاله في التتمة **(وكذا حربي)** معين سواء أكان بدارنا أم لا بماله تملكه لا كسيف ورمح (و) كذا **(مرتدّ)** معين لم يمت مرتدّاً تصحّ الوصية لكلّ منهما **(في الأصحّ)** كالهبة والصدقة. والثاني المنع للأمر بقتلهما فلا معنى للوصية لهما كالوقف عليهما، وفرّق الأوّل بأن الوقف يراد للدوام وهما مقتولان بكفرهما بخلاف الوصية، فإن مات مرتدّاً تبين بطلان الوصية.

تنبيه: مسألة المرتدّ مزيدة على المحرّر من غير تمييز، وقضية كلام الإمام أنه لو لحق بدار الحرب وامتنع منا لا تصحّ الوصية له قطعاً، وهو كما قال الزركشي متجه، وعلم مما تقرّر أنه لا يشترط في الوصية للذمي التعيين بخلاف الحربي والمرتدّ فتصح لأهل الذمة دون أهل الحرب والردّة فلا تصحّ لهما كما صرّح به ابن سراقة، ولو أوصى لمن يرتد بطلت أو لمسلم

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك ٣/٦١٩ وذكره الحافظ في التلخيص ٣/٩١.

وَقَاتِلٌ في الأَظْهَرِ، وَلِوَارِثٍ في الأَظْهَرِ إِنْ أَجَازَ بَاقِي الْوَرَثَةِ وَلاَ عِبْرَةَ بِـرَدِّهِمْ وَإِجَازَتِهِمْ في حَيَاةِ الْمُوصِي،

فارتد لم تبطل قاله الماوردي، وقياسه البطلان فيمن لو أوصى لمن يحارب (و) كذا (قاتل) ولو تعدّياً تصحّ الوصية له (في الأظهر) لأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة وخالفت الإرث، والثاني المنع لأنه مال يستحق بالموت فأشبه الإرث، وصورته أن يوصي لجارحه ثم يموت أو لإنسان فيقتله، ومن ذلك قتل سيد الموصي له الموصي، لأن الوصية لعبد وصية لسيده كما مرّ، فلو أوصى لمن يقتله أو يقتل غيره تعدياً فباطلة كما في الكفاية في الأولى ومثلها الثانية أو بحق فيظهر فيها الصحة كما بحثه الزركشي في الثانية ومثلها الأولى (و) تصحّ الوصية وإن لم تخرج من الثلث (لوارث) خاص غير حائز بغير قدر إرثه (في الأظهر إن أجاز باقي الورثة) المطلقين التصرف وقلنا بالأصح إن إجازتهم تنفيذ لقوله ﷺ: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ تُجِيزَ الوَرَثَةُ»[1] رواه البيهقي بإسناد. قال الذهبي: صالح، وقياساً على الوصية لأجنبي بالزائد على الثلث، والقول الثاني باطلة وإن أجازوها لإطلاق قوله ﷺ: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[2] رواه أصحاب السنن وصححه الترمذي، وخرج بخاص الوارث العام كما لو أوصى لإنسان بشَيْءٍ ثم انتقل إرثه لبيت المال، فإن ذلك يصرف إليه، والوصية صحيحة ولا تحتاج إلى إجازة الإمام قطعاً، وبغير حائز ما لو أوصى لحائز بماله كله فإنها باطلة على الأصحّ في التتمة، وبغير قدر إرثه ما لو أوصى لوارث بقدر إرثه، فإن فيه تفصيلاً يأتي بين المشاع، والمعين، وبالمطلقين التصرّف ما لو كان فيهم صغير أو مجنون أو محجور عليه بسفه فلا تصحّ منه الإجازة ولا من وليه كما قاله الماوردي قال: ولا ضمان عليه إن أجاز ما لم تقبض الوصية فإن قبضت صار ضامناً ما أجازه من الزيادة.

تنبيه: في معنى الوصية للوارث الوقف عليه وإبراؤه من دين عليه أو هبته شيئاً، فإنه يتوقف على إجازة بقية الورثة، نعم يستثنى من الوقف صورة واحدة وهي ما لو وقف ما يخرج من الثلث على قدر نصيبهم كمن له ابن وبنت وله دار تخرج من ثلثه فوقف ثلثيهما على الابن وثلثها على البنت فإنه ينفذ ولا يحتاج إلى إجازة في الأصحّ، فليس للوارث إبطاله ولا إبطال شيء منه، لأن تصرفه في ثلث ماله نافذ فإذا تمكن من قطع حق الوارث عن الثلث بالكلية فتمكنه من وقفه عليه أولى.

فائدة: من الحيل في الوصية للوارث أن يقول: أوصيت لزيد بألف إن تبرّع لولدي بخمسمائة مثلاً، فإن قبل لزمه دفعها إليه (و) بقية الورثة (لا عبرة بردّهم وإجازتهم) الوصية (في حياة الموصي) فلمن ردّ الوصية في حياته الإجازة بعد موته وعكسه إذ لا استحقاق لهم ولا للموصي له قبل موته وقد يبرأ وقد يموت الموصى له قبله ولا أثر للإجازة أيضاً بعد الموت مع

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل ص ١٦٨ والدارقطني في السنن ٤/٩٧ والبيهقي في السنن ٦/٢٦٣.

(٢) أخرجه الترمذي (٢١٢٠) والنسائي في كتاب الوصايا بـ (٥) وابن ماجة (٢٧١٣) وأحمد في المسند ٤/١٨٦ والبيهقي في السنن ٦/٨٥ والطبراني في الكبير ١٧/٣٥ والشافعي في المسند (٢٣٥) وعبد الرزاق في المصنف (٧٢٧٧).

وَالْعِبْرَةُ في كَوْنِـهِ وَارِثاً بِيَـوْمِ المَوْتِ، وَالْـوَصِيَّةُ لِكُـلِّ وَارِثٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لَغْوٌ، وَبِعَيْنٍ هِيَ قَدْرُ حِصَّتِهِ صَحِيحَةٌ، وَتَفْتَقِرُ إِلَى الإِجَـازَةِ في الأَصَحِّ، وَتَصِحُّ بِالحَمْلِ، وَيُشْتَرَطُ انْفِصَالُهُ حَيّاً لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْـدَهَا،

جهل قدر المال الموصي به كالإبراء عن مجهول. نعم إن كانت الوصية بمعين كعبد وقالوا بعد إجازتهم ظننا كثرة المال وأن العبد خارج من ثلثه فبان قليلاً، أو تلف بعضه، أو دين على الميت صحت إجازتهم فيه ولا يقبل قولهم لأن العبد معلوم والجهالة في غيره، فإن كانت الوصية بغير معين وادّعى المجيز الجهل بقدر التركة كأن قال: كنت اعتقدت قلة المال وقد بان خلافه صدّق بيمينه في دعوى الجهل إن لم تقم بينة بعلمه بقدر المال عند الإجازة وتنفذ الوصية فيما ظنه، فإن أقيمت لم يصدق ونفذت الوصية في الجميع **(والعبرة في كونه)** أي الموصى له **(وارثاً)** أو غير وارث **(بيوم)** أي وقت **(الموت)** فلو أوصى لأخيه فحدث له ابن قبل موته صحت، أو أوصى لأخيه وله ابن فمات قبل موت الموصي فهي وصية لوارث **(والوصية لكل وارث بقدر حصته)** شائعاً من نصف أو غيره كأن أوصى لكل من بنيه الثلاثة بثلث ماله **(لغو)** لأنه يستحقه بغير وصية، وخرج بقوله لكل وارث ما لو أوصى لبعضهم بقدر حصته كأن أوصى لأحد بنيه الثلاثة بثلث ماله فإنه يصح ويتوقف على الإجازة، فإن أجيز أخذه وقسم الباقي بينهم بالسوية **(و)** الوصية لكل وارث **(بعين هي قدر حصته)** كأن أوصى لأحد ابنيه بعبد قيمته ألف وللآخر بدار قيمتها ألف وهما ما يملكه **(صحيحة)** كما لو أوصى ببيع عين من ماله لزيد **(و)** لكن **(تفتقر إلى الإجازة في الأصح)** لاختلاف الأغراض بالأعيان ومنافعها. والثاني لا يفتقر إليها لأن حقوقهم في قيمة التركة لا في عينها، إذ لو باعها المريض بثمن مثلها صحّ وإن لم يرضوا بذلك، والدين كالعين فيما ذكر كما بحثه بعض المتأخرين. ثم شرع في الركن الثالث وهو الموصي به، ويشترط كونه مقصوداً يحلّ الانتفاع به ويقبل النقل فلا تصحّ بما لا يقصد كدم، ولا بما لا يحلّ الانتفاع به كمزمار، ولا بما لا يقبل النقل كقصاص وحقّ الشفعة إذا لم يبطل بالتأخير لعذر كتأجيل الثمن وحد قذف وإن قبلت الانتقال بالإرث لأنها لا تقبل النقل. نعم تصح الوصية بالقصاص لمن هو عليه والعفو عنه في المرض كما حكاه البلقيني عن تعليق الشيخ أبي حامد، ومثله حد القذف وحق الشفعة فقال **(وتصح)** الوصية **(بـ)** المجهول كـ**(الحمل)** الموجود في البطن منفرداً عن أمّه أو معها وعبد من عبيده وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق، لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثيه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له. قال في المجموع: اتفق أصحابنا على جواز الوصية باللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم. صرّح به البغوي، وقال: يجزّ الصوف على العادة، وما كان موجوداً حال الوصية للموصى له، وما حدث للوارث، فلو اختلفا في قدره فالقول قول الوارث بيمينه **(ويشترط)** في صحة الوصية بالحمل **(انفصاله حياً لوقت يعلم وجوده عندها)** أي الوصية كما سبق في الوصية له ويرجع في حمل البهيمة إلى أهل الخبرة. أما إذا انفصل ميتاً فإن كان حمل

وَبِـالْمَنَافِـعِ وَكَذَا بِثَمَـرَةٍ أَوْ حَمْلٍ سَيَحْدُثَانِ في الأَصَحِّ، وَبِأَحَدِ عَبْدَيْهِ وَ

أمة وانفصل بجناية مضمونة لم تبطل الوصية وتنفذ من الضمان لأنه انفصل متقوّماً فتنفذ في بدله، بخلاف ما لو أوصى بحمل فانفصل ميتاً بجناية فإنها تبطل، لأنه ليس أهلاً للملك، وإن كان حمل بهيمة فانفصل بجناية أو بغيرها أو حمل أمة وانفصل بلا جناية مضمونة لم يستحق الموصى له شيئاً، وإنما استحق في حمل الأمة دون البهيمة فيما إذا انفصلا بجناية، لأن ما وجب في جنين الأمة بدله فيكون للموصي له، وما وجب في جنين البهيمة بدل ما نقص منها فيكون للوارث، وإذا كان في المفهوم تفصيل لم يردّ، ويصح القبول هنا وفيما مرّ قبل الوضع بناء على أن الحمل يعلم وهو الراجح. قال الماوردي: ولو قال إن ولدت أمتي ذكراً فهو وصية لزيد، أو أنثى فوصية لعمرو جاز وكان على ما قال سواء ولدتهما معاً أو مرتباً، وإن ولدت خنثى، فقيل لا حقّ فيه لواحد منهما، وقيل: إنه موقوف بينهما حتى يصطلحا: أي وهذا أوجه كما قاله الأذرعي (و) تصح الوصية **(بالمنافع)** المباحة وحدها مؤقتة ومؤبدة ومطلقة، والإطلاق يقتضي التأبيد، لأنها أموال متقابلة بالأعواض كالأعيان، وتصح بالعين دون المنفعة، وبالعين لواحد والمنفعة لآخر، وإنما صحت في العين وحدها لشخص مع عدم المنفعة فيها لإمكان صيرورة المنفعة له بإجارة أو إباحة أو نحو ذلك. قال الزركشي: ولا يصح استثناء منفعة العين إلا في الوصية، ولو قبل الموصى له بالعين وردّ الموصى له بالمنفعة عادت إلى الورثة لا إلى الموصى له بالعين كما قاله ابن الرفعة ولم يتعرّض الشيخان لهذه المسألة **(وكذا)** تصح **(بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصح)** لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقاً بالناس وتوسعة فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول، ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة فكذا بالوصية. والثاني لا يصح لأن التصرّف يستدعي متصرّفاً فيه ولم يوجد، وعلى الأوّل إذا أوصى بما يحدث هذا العام أو كل عام عمل به، وإن أطلق فقال: أوصيت بما يحدث فهل يعمّ كل سنة أو يختصّ بالسنة الأولى. قال ابن الرفعة: الظاهر العموم، وسكت عليه السبكي وهو ظاهر، وإذا قلنا بالصحة في الحمل فولدته لدون ستة أشهر لم يكن موصى به، لأنه كان موجوداً وإنما أوصى بما سيحدث أو لأكثر من أربع سنين كان موصى به أو بينهما وهي ذات زوج صحت وإلا فلا قاله الماوردي.

تنبيه: تثنية الضمير بعد العطف بأو مذهب كوفي. أما البصري فيفرده فكان الأحسن للمصنف أن يقول سيحدث (و) تصح **(بـ)** المبهم كـ**(أحد عبديه)** لأن الوصية تحتمل الجهالة فلا يؤثر فيها الإبهام وتعين الوارث. فإن قيل: لم صحت هنا ولم تصح في أوصيت لأحد الرجلين كما مرّ؟ أجيب بأنه يحتمل في الموصِي به ما لا يحتمل في الموصى له، ولهذا صحت بحمل سيحدث لا لحمل سيحدث، ولو قال: أوصيت لفلان وهناك من يشاركه في الاسم التحق بأحد الرجلين. قال القاضي: ولو أوصى بأحد شيئين يملك أحدهما انصرف إليه (و) تصح بنجوم الكتابة وإن لم تكن مستقرّة، وبالمكاتب وإن لم يقل إن عجز نفسه، وبعبد

بِنَجَاسَةٍ يَحِلُّ الاِنْتِفَاعُ بِهَا كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وَزِبْلٍ وَخَمرٍ مُحْتَرَمَةٍ، وَلَوْ أَوْصَى بِكَلْبٍ مِنْ كِلَابِهِ أُعْطِيَ أَحَدَهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ لَغَتْ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَكِلَابٌ وَوَصَّى بِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا فَالأَصَحُّ نُفُوذُهَا، وَإِنْ كَثُرَتْ وَقَلَّ المَالُ،

غيره وإن لم يقل إن ملكته كما مرّت الإشارة إليه وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين، و (**بنجاسة يحلّ الانتفاع بها ككلب معلم**) لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها بالإرث ونحوه، ومثل الكلب المعلم الكلب القابل للتعليم ولو جرواً، والفهد ونحوه، والكلب المتخذ لحراسة الدور ونحوها لجواز اقتناء ذلك، وخرج ما لا يحلّ الانتفاع به كخنزير وكلب عقور.

تنبيه: إن كان الموصى له بالكلب المنتفع به في صيد أو حراسة زرع أو نعم صاحب صيد أو زرع أو نعم فظاهر، وإلا فقضية ما صححه المصنف في مجموعه من أنه يمتنع عليه اقتناؤه عدم الصحة. قال الأذرعي: وهو الأقرب وقضية إطلاق المصنف هنا الصحة وهو كما قال شيخي الأقرب وينقله إلى ما ينتفع به (**و**) تصح بنحو (**زبل**) مما ينتفع به كسماد وجلد ميتة قابل للدباغ وزيت نجس وميتة لطعم الجوارح كما نقله القاضي أبو الطيب عن الأصحاب، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين زبل الكلب والخنزير وغيرهما وهو كذلك وإن قال الزركشي ينبغي استثناء زبل الأوّلين. قال في المجموع: ويكره اقتناء السرجين لرتبية الزرع (**و**) تصح بنحو (**خمر محترمة**) كنبيذ وهي ما عصرت بقصد الخلية أو لا بقصد الخمرية على الخلاف في تفسيرها، وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين المستحكمة وغيرها وهو كذلك وإن قال ابن الرفعة في المستحكمة بالبطلان. أما غير المحترمة فلا تصح الوصية بها لوجوب إراقتها (**ولو أوصى بكلب من كلابه**) التي يحلّ أن ينتفع بها أو من ماله وله عند موته كلاب يحلّ أن ينتفع بها (**أعطى**) الموصي له (**أحدها**) والخيرة للوارث وإن لم يكن الكلب مالاً في الثانية، لأن المنتفع به من الكلاب مقتنى وتعتوره الأيدي كالأموال، فقد يستعار له اسم المال، ولا يلزم الوارث أن يعطي الموصى له من الكلاب ما يناسبه وإن جزم الدارمي بأنه يعطيه ما يليق به (**فإن لم يكن له كلب**) يحلّ الانتفاع به عند موته (**لغت**) وصيته لتعذر شراء كلب لأنه ليس بمال ولا يلزم الوارث اتهابه. قال الرافعي: ويمكن أن يقال: لو تبرّع به متبرّع وأراد تنفيذ الوصية جاز كما لو تبرّع بقضاء دينه انتهى، ولبعد هذا لم ينظروا إليه، فإن كان له كلب عند الوصية وفقد ثم تجدّد له كلب فعلى الخلاف في أن العبرة بوقت الوصية أو الموت والأقرب كما قال الأذرعي الصحة نظراً إلى حالة الموت (**ولو كان مال وكلاب ووصى بها**) كلها (**أو ببعضها فالأصح نفوذها**) أي الوصية (**وإن كثرت**) تلك الكلاب (**وقلّ المال**) ولو دانقاً إذ المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به وقليل من المال خير من الكلاب إذ لا قيمة لها. والثاني يقدّر أن لا مال له وتنفذ في ثلث الكلاب، وعلى الأوّل لو لم يكن له مال وله كلاب وأوصى بها كلها نفذ في ثلثها فقط عدداً لا قيمة، إذ لا قيمة لها أو كلب فقط وأوصى به نفذ في ثلثه، ولو أوصى بكلبين من أربعة نفذ في واحد وثلث، ولو أوصى بثلث ماله لزيد وبالكلاب لعمرو لم يعط عمرو إلا ثلثها

وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلٍ وَلَهُ طَبْلُ لَهْوٍ وَطَبْلٌ يَحِلُّ الِانْتِفَاعُ بِهِ كَطَبْلِ حَرْبٍ وَحَجِيجٍ حُمِلَتْ عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلِ اللَّهْوِ لَغَتْ إِلَّا إِنْ صَلَحَ لِحَرْبٍ أَوْ حَجِيجٍ.

فَصْلٌ

يَنْبَغِي أَنْ لَا يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ،

لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حظهم بسبب الثلث الذي نفذت فيه الوصية، فلا يجوز أن يحسب عليهم من أخرى في وصية غير المتموّل.

تنبيه: غير الكلاب من النجاسة التي يحلّ الانتفاع بها كالكلاب في نفوذ الوصية وإن كثر وقلّ المال كما صرّح به ابن المقري، ولو كان له أجناس من كلاب وخمر محترمة وشحم ميتة ووصى بواحد منها اعتبر الثلث بفرض القيمة لا بالعدد ولا بالمنفعة لأنه لا تناسب بين الرءوس ولا المنفعة (**ولو أوصى بطبل وله طبل لهو**) كالكوبة ضيق الوسط واسع الطرفين (**وطبل يحلّ الانتفاع به كطبل حرب**) وهو ما يضرب به للتهويل (**و**) طبل (**حجيج**) وهو ما يضرب للإعلام بنزول وارتحال، وطبل باز (**حملت**) أي الوصية (**على**) الطبل (**الثاني**) ليصح، إذ الظاهر أنه يقصد الثواب، وهو فيما تصح الوصية به. فإن قيل: لو أوصى بعود وله عود لهو لا يصلح لمباح وعود مباح فإن الوصية تبطل ولم تحمل على المباح، فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن مطلق العود ينصرف في الاستعمال لعود اللهو، والطبل يقع على الجميع، فإن لم يكن له إلا طبول لا تصح الوصية بها لغت (**ولو أوصى بطبل اللهو لغت**) لأنه معصية (**إلا إن صلح لحرب أو حجيج**) ونحوهما كطبل البازي، أو منفعة أخرى مباحة لامكان تصحيح الوصية فيما يتناوله لفظها، وسواء أصلح على هيئته أم بعد تغير يبقى معه اسم الطبل، فإن لم يصلح إلا بزوال اسم الطبل لغت.

تنبيه: ما ذكره من الاستثناء محله عند الإطلاق، فإن قال الموصي: أردت به الانتفاع على الوجه الذي عمل له لم يصح كما جزم به في الوافي، واستظهره الزركشي، ولو أوصى بقوس حمل على القوس الذي لرمي الأسهم من نبل، وهي السهام الصغار. ونشاب، وهي السهام الفارسية. وحسبان، وهي سهام صغار ترمى بمجرى في القوس دون قوس البندق والندف، ولو قال من قسي ولم يكن له قوس سهام بل قوس بندق أو ندف حمل عليه، فإن كانا له حمل على قوس البندق لأنه أقرب إلى الفهم، فإن عين قوساً تعين، ولو قال أعطوه ما يسمى قوساً تخير الوارث بين الجميع كما صوّبه المصنف، ولا يتناول القوس الوتر، لأنها تسمى قوساً بدونه، بخلاف السهم فإنه يتناول الرّيش والنصل لثبوتهما فيه.

فَصْلٌ

في الوصية بزائد على الثلث وفي حكم إجماع تبرّعات مخصوصة (**ينبغي**) أي يطلب منه على سبيل الندب (**أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله**) لخبر الصحيحين: «أَنَّ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاص

فَإِنْ زَادَ وَرَدَّ الْوَارِثُ بَطَلَتْ فِي الزَّائِدِ، وَإِنْ أَجَازَ فَإِجَازَتُهُ تَنْفِيذٌ، وَفِي قَوْلٍ عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَالْوَصِيَّةُ بِالزِّيَادَةِ لَغْوٌ، وَيُعْتَبَرُ الْمَالُ يَوْمَ الْمَوْتِ،

قَالَ جَاءَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يعودُنِي عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ مِنْ وَجَعٍ آشْتَدَّ بِي، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ بَلَغَ بِي مِنَ الْمَرَضِ مَا تَرَى وَأَنَا ذُو مَالٍ وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا آبْنَةٌ أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَيْ مَالِي؟ قَالَ: لَا، قُلْتُ: فَالشَّطْرُ. قَالَ: لَا، قلتُ: فَالثُّلُثُ. قَالَ: الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ أَوْ كَبِيرٌ» فالوصية بالزائد مكروهة كما قاله المتولي وغيره وإن قال القاضي وغيره بحرمتها.

تنبيه: عبارة المصنف أولى من قول المحرّر لا ينبغي أن يوصي بأكثر من ثلث ماله، لأن معناها لا يطلب، وهو إما على سبيل الوجوب أو الندب فيصدق بالمباح والحرام والمكروه بخلاف عبارة الكتاب فإنها لا تصدق بالمباح لأن ينبغي إما أن تكون بمعنى يندب كما حليته عليه أو يجب، ولم يقل أحد بالإباحة فيما علمت، ولا فرق بين أن يقصد بذلك حرمان الورثة أم لا وإن قال بعض المتأخرين إنه يجزم بحرمتها حينئذ لأن تنفيذه متوقف على إجازتهم. وسنّ أن ينقص عن الثلث شيئاً خروجاً من خلاف من أوجب ذلك، ولاستكثار الثلث في الخبر، وسواء أكانت الورثة أغنياء أم لا، وإن قال المصنف في شرح مسلم: إنهم إذا كانوا أغنياء لا يستحب النقص وإلا استحب (فإن زاد) في الوصية على الثلث (وردّ) (الوارث) الخاص المطلق التصرّف (بطلت في الزائد) على الثلث بالإجماع لأنه حقه. أما إذا لم يكن له وارث خاص فالوصية بالزائد لغو لأنه حق المسلمين فلا مجيز أو كان وهو محجور عليه بسفه أو صغر أو جنون فلا عبرة بقوله، ومقتضى إطلاقهم أن الأمر يوقف إلى تأهل الوارث وهو كذلك إن توقعت أهليته وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين. قال شيخي رحمه الله: لأن يد الوارث عليه فلا ضرر عليه في ذلك (وإن أجاز) المطلق التصرف (فإجازته تنفيذ) أي إمضاء لتصرّف الموصي بالزائد، وتصرّفه موقوف على الإجازة، لأنه تصرّف مضاف للملك، وحق الوارث إنما يثبت في ثاني الحال فأشبه بيع الشقص المشفوع (وفي قول عطية) أي هبة (مبتدأة) من الوارث فيعتبر فيها شروطها. قال الزركشي: وهذا الخلاف لا يختص بالوارث كما يقتضيه إطلاقهم بل أصحاب الديون المستغرقة كذلك حتى لو أجازوا وردّ الوارث لم يلتفت إليه لأن الحق إنما هو للغرماء، ولا ينتقل للوارث إلا بسقوط الدين أصلاً، والإجازة لا تسقط الدين بدليل أنه لو ظهر له دفين ونحوه وفوا منه، وإذا قلنا تنفيذ فالظاهر أنه لا يحسب من ثلث من يجيز في مرضه للموصى له، ولا يتوقف على إجازة ورثة من يجيز في مرضه لوارثه اهـ، وقوله (والوصية بالزيادة لغو) لا فائدة له بعد الحكم بكون الزيادة عطية من الوارث، ولو كان الوارث محجوراً عليه بفلس. فإن قلنا الإجازة ابتداء عطية فليس له ذلك، وإن قلنا تنفيذ. قال الأذرعي: فالقياس صحته، وفيه وقفة، والأشبه المنع لأنه ملكه الآن، ولم يحضرني فيه نقل اهـ. ويؤيد القياس كلام الزركشي السابق (ويعتبر المال) الموصي بثلثه (يوم الموت) لأن الوصية تمليك بعد الموت، فلو أوصى بعبد ولا عبد له ثم ملك عند الموت عبداً تعلقت الوصية به ولو زاد ماله

وَقِيلَ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ أَيْضاً عِتْقٌ عُلِّقَ بِالمَوْتِ، وَتَبَـرُّعٌ نُجِّزَ فِي مَـرَضِهِ: كَـوَقْفٍ وَهِبَةٍ وَعِتْقٍ وَإِبْـرَاءٍ، وَإِذَا اجْتَمَعَ تَبَـرُّعَاتٌ مُتَعَلِّقَـةٌ بِالمَـوْتِ وَعَجَزَ الثُّلُثُ فَـإِنْ تَمَحَّضَ الْعِتْقُ أَقْرِعَ

تعلقت الوصية به (وقيل) يعتبر (يوم الوصية) وعليه تنعكس الأحكام السابقة كما لو نذر التصدّق بثلث مـاله فـإنه يعتبـر يوم النـذر. وأجاب الأوّل بـأن ذلك وقت اللزوم فهـو نـظيـر المـوت في الوصية.

تنبيه: لا يخفى أن الثلث الذي تنفذ فيه الوصية هـو الثلث الفاضـل بعد الـدين، فلو كان عليه دين مستغرق لم تنفذ الوصية في شيء، لكنها تنعقـد حتى ننفذهـا لو أبـرأ الغريم أو قضى عنه كما جزم به الرافعي وغيره (ويعتبـر من الثلث) الذي يـوصي به (أيضـاً عتق علق بالمـوت) سواء أعلق في الصحة أم في المرض.

تنبيه: هذه المسألة معطوفة على قوله: ينبغي إلخ كما يدل عليه قـوله أيضـاً: فإنـه مصدر آض: أي رجـع (و) يعتبر أيضـاً (تبرّع نجـز في مرضـه) الذي مـات فيـه (كـوقف وهبـة وعتق وإبراء) لخبر: «إِنَّ اللَّه تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَـادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ» رواه ابن ماجة، وفي إسناده مقال، ولو وهب في الصحة وأقبض في المرض اعتبر من الثلث أيضـاً، إذ لا أثر لتقدّم الهبة، وخرج: بتبـرّع ما لـو استولـد في مرض مـوته فـإنه ليس تبـرّعاً بـل إتلاف واستمتاع فهو من رأس المـال، وبمرضـه تبرّع نجـز في صحته فيحسب من رأس المـال، لكن يستثنى من العتق في مرض الموت عتق أمّ الولد إذا أعتقهـا في مرض مـوته فـإنه ينفـذ من رأس المال كما سيأتي في محله مع أنه تبرّع نجز في المرض. واعلم أن قيمة ما يفـوت على الورثـة يعتبر بوقت التفويت في المنجز وبوقت الموت في المضاف إليه فقد صرّحوا في باب العتق أنـه يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم الإعتاق وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت لأنه وقت الاستحقاق وفيما بقي للورثة بأقلّ قيمة من يوم الموت إلى يـوم القبض لأنه إن كان يوم الموت أقلّ فـالزيـادة حصلت في ملك الوارث أو يـوم القبض أقل، فمـا نقص قبله لم يدخل في يده فلا يحسب عليه، ومثل ذلك جار في غير العتق، ولو أوصى بتأجيل الحـال اعتبر من الثلث، وللرويـاني احتمـال أنـه لا يعتبـر إلا التفـاوت. قـال الـزركشي: وهـو قـويّ (وإذا اجتمع) في وصية (تبرّعات متعلقة بالموت) وإن كانت مرتبة (وعجز الثلث) عنها: أي لم يوفّ بها (فإن تمحض العتق) كأن قال: إذا متّ فأنتم أحرار أو غانم وسالموبكر أحرار (أقرع) بينهم، فمن قرع عتق منه مـا يكفي الثلث، وسيأتي كيفيـة القرعـة في بابي القسمـة والعتق إن شاء الله تعـالى، ولا يعتق من كـل بعضـــه، لأن المقصـود من العتق تخليص الشخص من الـرّق، ولا يحصل مع التشقيص، وإنما لم يعتبر ترتبها مع إضافتها للموت لاشتراكها في وقت نفاذها، وهو وقت الموت، بل لا يقدّم العتق المعلق بالموت على الموصي بـإعتاقـه وإن كان الثـاني يحتاج

أَوْ غَيْـرُهُ قُسِّطَ الثُّلُثُ أَوْ هُوَ وغَيْـرُهُ قُسِّطَ بِالْقِيمَـةِ، وفي قَوْلٍ يُقَدَّمُ الْعِتْقُ أَوْ مُنَجَّزَةٌ قُدِّمَ الأَوَّلُ فَالأَوَّلُ حَتَّى يَتِمَّ الثُّلُثُ فَإِنْ وُجِدَتْ دُفْعَةً وَاتَّحَدَ الْجِنْسُ كَعِتْقِ عَبِيدٍ أَوْ إِبْرَاءِ جَمْعٍ أَقْـرِعَ في الْعِتْقِ وقُسِّطَ في غَيْـرِهِ،

إلى إنشاء عتقه بعد الموت، بخلاف الأوّل لأن وقت استحقاقهما واحد. نعم إن اعتبر الموصي وقوعها مرتبة، كأن قال: أعتقوا سالماً بعد موتي ثم غانماً ثم بكراً قدّم ما قدّمه جـزماً. فـإن قيل لـو قال: إذا متّ فسـالم حرّ ثم غـانم ثم نافـع لم يقدّم الأوّل، بـل هم سواء كمـا أفهمـه كـلام المصنف؟. أجيب بأن التبرّعات فيما مثلوا به اعتبر الموصي وقوعها مرتبـة من غيره، فـلا بدّ أن يقع على وفق اعتباره بخلاف هذا، ولو دبر عبداً عند موته وأوصى بإعتاق آخر لم يقدّم أحـدهما (أو) تمحض تبـرّعات (غيـره قسط الثلث) على الجميع بـاعتبار القيمـة أو المقـدار كمـا تقسم التركة بين أرباب الديون، فلو أوصى لزيـد بمائـة ولبكر بخمسين ولعمـرو بخمسين وثلث مالـه مـائة أعـطى الأوّل خمسين وكل من الآخـرين خمسة وعشـرين، ولا يقـدّم بعضهـا على بعض بالسبق لأن الوصايا إنما تملك بالموت، فاستوى فيها حكم المتقدّم والمتأخر، وقـاسه الشـافعي رضي الله عنه على العول في الفرائض، هذا عند الإطلاق، فلو رتب كأن قال: أعطوا زيداً مائة ثمّ عمراً مائة جرى عليـه حكم ترتيبـه (أو هو) أي اجتمـع عتق (وغيره) كـأن أوصى بعتق سالم ولزيد بمائة (قسط) الثلث عليهما (بالقيمـة) للعتيق لاتحاد وقت الاستحقـاق، فإذا كـانت قيمته مائة والثلث مائة عتق نصفه ولزيد خمسون (وفي قـول يقدّم العتق) لقـوّته لتعلق حق الله تعـالى وحق الآدمي.

تنبيه: يستثنى من كلامه مسألة، وهي ما لو دبر عبده وقيمته مـائة وأوصى لـه بمائـة وثلث ماله مائة فـإنه يعتق كله ولا شيء للوصيـة على الأصح، وقيـل: يقسط وصححه البغـوي، فإن اعتبر الموصي وقوع التبرّعات مرتبة بعد الموت، كأن قال: أعتقوا بكراً ثم أعطوا زيداً مائة قدّم الأوّل فالأوّل كما مرّت الإشارة إليـه، ولو قـال لعبده: أنت حـرّ قبل مـوتي بشهر مثـلاً ثم مرض شهراً فأكثر ومات فحكمه كما لو علقه في الصحة فوجدت الصفة في المرض كما قالاه هنا (أو) اجتمع تبرّعات (منجزة) كـأن أعتق ووقف وتصدّق (قـدّم الأوّل) منها (فـالأوّل حتى يتمّ الثلث) لقوّته ونفوذه لأنه لا يفتقر إلى إجازة، وسواء كان فيهـا عتق أم لا اتحد جنسهـا أم لا ويتوقف مـا بقي منهـا على إجازة الـوارث (فإن وجـدت) هذه التبـرّعات (دفعـة) بضمّ الدال: إمـا منه، أو بوكالة (واتحد الجنس) فيها (كعتق عبيد أو إبراء جمع) كقـوله: أعتقتكم أو أبـرأتكم (أقرع في العتق) خـاصة حـذراً من التشقيص في الجميع لخبـر مسلم: «أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ سِتَّةً مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ فَدَعَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَجَزَّأَهُمْ أَثْلاثاً وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً». قال الإمام: ولولا الحديث لكان القياس أن يعتق من كل عبد مقدار ما يخصه من الثلث، ولكن الشافعي تركه للحديث لأن القصد من الإعتاق تخليص الـرقبة. ولا يحصـل هذا الغرض مع بقاء رق بعضه (وقسط) بالقيمة (في غيره) كما مرّ.

وَإِنِ اخْتَلَفَ وَتَصَرَّفَ وُكَلاَءُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عِتْقٌ قُسِّطَ، وإِنْ كَانَ قُسِّطَ، وفي قَوْلٍ يُقَدَّمُ الْعِتْقُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَقَطْ سَالِمٌ وغَانِمٌ فَقَالَ إِنْ أَعْتَقْتُ غانِماً فَسَالِمٌ حُرٌّ ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِماً في مَوْتِهِ عَتَقَ ولاَ إِقْرَاعَ، وَلَوْ أَوْصَى بِعَيْنٍ حَاضِرَةٍ هِيَ ثُلُثُ مَالِهِ وَبَاقِيهِ غَائِبٌ لَمْ تُدْفَعْ كُلُّهَا إِلَيْهِ في الحَالِ، والأَصَحُّ أَنَّهُ لاَ يَتَسَلَّطُ عَلَى التَّصَرُّفِ في الثُّلُثِ أَيْضاً.

تنبيه: ذكر المصنف حكم عتق العبيد مرتباً ودفعة، وسكت عما إذا أشكل الأمر بأن علم الترتيب ولم يعلم الأوّل أو علم ثم نسي. وحكمه على الأصح في باب الدعاوي من الروضة أنه لا يقرع بل يعتق من كلّ بعضه **(وإن اختلف)** جنس التبرّعات **(وتصرّف)** فيما دفعه **(وكلاء)** الموصي **(فإن لم يكن فيها عتق)** بأن تمحض غيره، كأن وكل وكيلاً في هبة وآخر في بيع بمحاباة وآخر في صدقة وتصرفوا دفعة واحدة **(قسط)** الثلث على الكل باعتبار القيمة كما يفعل في الديون **(وإن كان)** في تصرف الوكلاء عتق **(قسط)** الثلث عليها أيضاً **(وفي قول يقدّم العتق)** هما القولان السابقان بتوجيههما.

تنبيه: قد يوهم تصوير المصنف حصر وقوع التصرفات دفعة بتصرف وكلاء أنه لا يمكن بغيره مع أنه يمكن تصويرها بغيره كأن يقال له أعتقت وأبرأت ووقفت فيقول نعم، وبقي قسم من أقسام المسألة أهمله المصنف، وهي تبرعات منجزة وتبرعات متعلقة بالموت فيقدّم المنجز منها لأنها لازمة لا يتمكن المريض من الرجوع عنها، وقوله في البيوع المنجزة سالم حر وغانم حر ترتيب لا سالم وغانم حرّان **(ولو كان له عبدان فقط سالم وغانم، فقال: إن أعتقت غانماً فسالم حر، ثم أعتق غانماً في مرض موته عتق)** غانم فقط لسبقه **(ولا إقراع)** لاحتمال أن تخرج القرعة بالحرية لسالم فيلزم إرقاق غانم فيفوت شرط عتق سالم، وهذه الصورة مستثناة من الإقراع، ولهذا ذكرها المصنف تلوها. ونظير ذلك ما لو قال: إن أعتقت غانماً فسالم حر في حال إعتاق غانم ثم أعتق غانماً في مرضه، وقيل: يقرع كما لو قال أعتقتكما، واستثنى صورة أخرى ذكرها في باب العتق، وهي إذا قال ثلث كل واحد حر بعد موتي فيعتق من كل واحد ثلثه عند الإمكان، ولا قرعة في الأصح.

تنبيه: قوله فقط من زيادته على المحرّر وفيه نظر لأنه إما أن يريد لا مال له سواهما أو لا عبيد إن أراد الأوّل لم يستقم قوله آخراً عتق فإنه لا يعتق حينئذ، وإنما يعتق من غانم ثلثاه إن تساوت قيمتها، وإن تفاوتا فبقدره، وإن أراد الثاني وهو ظاهر الشرح والروضة وحمله عليه الشارح فينبغي حمله على ما إذا كان الثلث لا يخرج منه إلا أحدهما. أما إذا لم يخرج منه أحدهما بكماله فإنه يعتق منه بقسطه أو يخرج معه سالم أو بعضه فإنهما يعتقان في الأولى وغانم وبعض سالم في الثانية **(ولو أوصى)** لشخص **(بعين حاضرة هي ثلث ماله وباقيه غائب لم تدفع)** أي العين **(كلها إليه في الحال)** لاحتمال تلف الغائب فلا يحصل لورثة مثلاً ما حصل للموصى له **(والأصح أنه لا يتسلط على التصرّف في الثلث)** من تلك العين **(أيضاً)** لأن تسلطه

فَصْلٌ

إِذَا ظَنَنَّا الْمَرَضَ مَخُوفًا لَمْ يَنْفُـذْ تَبَرُّعٌ زَادَ عَلَى الثُّلُثِ، فَـإِنْ بَرَأَ نَفَـذَ،

متوقف على تسلط الوارث على مثلي ما يتسلط هو عليه، والوارث لا يتسلط على ثلثي الحاضر لاحتمال سلامة الغائب فيحصل للموصي له الجميع، وعلى هذا لو أذنوا له في التصرّف في الثلث صحّ كما قاله في الانتصار وإن نظر فيه الزركشي. والثاني يتسلط لأن استحقاقه لهذا القدر متعين.

تنبيه: ينبغي كما قال الزركشي تخصيص منع الوارث من التصرّف في ثلثي الحاضر بالتصرّف الناقل للملك كالبيع، فإن كان التصرّف باستخدام وإيجار ونحو ذلك فلا منع منه كما يؤخذ من كلام الماوردي، وإذا تصرّف الوارث فيهما وبان تلف الغائب ففي زوائد الروضة ينبغي تخريجه على القولين فيمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً: أي فيصح، فإن عاد إليهم تبين بطلان التصرّف، قاله السرخسي، ولو أوصى بثلث ماله لزيد وله عين ودين أعطى ثلث العين، وكلما نضّ من الدين شيء أعطى ثلثه، أو قال أعطوه كل يوم مدّاً من طعام أعطى اليوم ويوقف باقي الثلث فيعطى متفرّقاً لاحتمال أن يستحقه الوارث.

فَصْلٌ

في بيان المرض المخوف والملحق به المقتضيين للحجر في التبرّعات الزائدة على الثلث، وقد شرع في القسم الأوّل فقال: (**إذا ظننا المرض مخوفاً**) أي يخاف منه الموت لا نادراً وإن لم يكن غالباً كما نقلاه عن الإمام وأقرّاه وإن نازع فيه ابن الرفعة (**لم ينفذ**) بفتح الياء وسكون النون وضم الفاء، ويجوز ضمّ الياء وفتح النون وتشديد الفاء (**تبرّع زاد على الثلث**) بل هو موقوف لأنه محجور عليه في الزيادة.

تنبيه: استشكل إطلاق المصنف عدم النفوذ بأنه إن كان بالنظر لباطن الأمر فلا فرق بين أن يظنه مخوفاً أو لا إذ المناط حينئذ المرض المخوف لا ظننا، وإن كان بالنظر لظاهر الأمر فهو مخالف لقول الأكثرين حيث قالوا: لو أعتق أمة في مرض موته جاز لوليها أن يزوّجها لأنها حرّة في الظاهر، ولا اعتبار باحتمال ظهور دين، فإن تحققنا نفوذ العتق استمرّت الصحة، وإلا فإن أجاز الوارث وقلنا هي تنفيذ، فكما لو خرجت من الثلث أو ردّ أو أجاز وقلنا هي عطية مبتدأة بان فساده. وقال ابن الحدّاد: ليس لوليها أن يزوّجها، فكلامهم هذا إنما يأتي على مقالة ابن الحدّاد. قال الزركشي: وينبغي حمل الوقف في كلامهم على وقف الاستمرار واللزوم لينتظم الكلامان اهـ وهو حمل صحيح (**فإن برأ**) بفتح الراء وكسرها: أي خلص من المرض (**نفذ**) بفتح النون التبرّع المذكور: أي استمرّ نفوذه لتبين عدم الحجر فإن مات به قال المصنف تبعاً للبغوي أو بهدم أو غرق أو قتل أو تردّ لم ينفذ الزائد على الثلث، هذا كله إذا لم ينته إلى حالة

وَإِنْ ظَنَنَّاهُ غَيرَ مَخُوفٍ فَمَاتَ فَإِنْ حُمِلَ عَلَى الْفَجْأَةِ نَفَذَ، وَإِلَّا فَمَخُوفٌ، وَلَوْ شَكَكْنَا فِي كَوْنِهِ مَخُوفاً لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا بِطَبِيبَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ، وَمِنَ المَخُوفِ قُولَنْجٌ، وَذَاتُ جَنْبٍ

يقطع فيها بموته، فإن انتهى إلى ذلك بأن شخص بصره بفتح الشين والخاء: أي فتح عينيه بغير تحريك جفن وبلغت روحه الحلقوم في النزع، أو ذبح أو شق بطنه وخرجت أمعاؤه أو غرق فغمره الماء وهو لا يحسن السباحة فلا عبرة بكلامه في وصية ولا في غيرها، فهو كالميت على تفصيل يأتي في الجنايات **(وإن ظنناه)** أي المرض **(غير مخوف فمات)** منه **(فإن حمل)** الموت من هذا المرض **(على)** موت **(الفَجْأة)** بضم الفاء وفتح الجيم ممدوداً وبفتح الفاء وسكون الجيم مقصوراً كأن مات وبه وجع ضرس أو عين **(نفذ)** التبرّع **(وإلا)** أي وإن لم يحمل على الفجأة كإسهال يوم أو يومين **(فمخوف)** أي تبيناً باتصاله بالموت أنه مخوف، لا أن إسهال يوم أو يومين مخوف فلا ينافي ما يأتي. فإن قيل: المرض إن اتصل بالموت كان مخوفاً وإلا فلا فائدة لنا في معرفته. أجيب بأنه لو قتل أو غرق مثلاً في هذا المرض إن حكمنا بأنه مخوف لم ينفذ كما مرّ وإلا نفذ **(ولو شككنا في كونه)** أي المرض **(مخوفاً لم يثبت إلا بـ)** ـقول **(طبيبين)** عالمين بالطب **(حرّين عدلين)** أي مقبولي الشهادة لأنه تعلق به حقّ آدمي من الموصي له والوارث فاشترط فيه شروط الشهادة كغيرها، وقد علم من قوله طبيبين كونهما عالمين بالطب، ومن قوله عدلين كونهما مسلمين مكلفين فإنهما من شروط العدالة، فلا يثبت بنسوة ولا برجل وامرأتين، لأنها شهادة على غير المال وإن كان المقصود المال. نعم إن كان المرض علة باطنة بامرأة لا يطلع عليها الرجال غالباً ثبت بمن ذكر.

تنبيه: أشعر كلام المصنف بقبول شهادتهما في كون المرض غير مخوف وهو كذلك كما صرّح به الرافعي خلافاً للمتولي وإن علل ذلك بأنها شهادة نفي، لأنه نفي محصور، ولو قال الطبيبان: هذا المرض سبب ظاهر يتولد منه مخوف فمخوف، أو يفضي إلى مخوف نادراً فلا، ولو اختلف الوارث والمتبرّع عليه في كون المرض مخوفاً بعد موت المتبرّع فالقول قول المتبرّع عليه، لأن الأصل عدم الخوف وعلى الوارث البينة، ولم يعرّف المصنف المرض المخوف استغناء بذكر أمثلة منه ذكرها بقوله **(ومن المخوف قُولَنْج)** بضم القاف وفتح اللام وكسرها. قال الرافعي: وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء فلا ينزل ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدّي إلى الهلاك ويقال فيه قولون، وينفعه أمور منها التين والزبيب والمبادرة إلى التنقية بالإسهال والقيء، ويضرّه أمور: منها حبس الريح واستعمال الماء البارد. قال الأذرعي: ينبغي أن يقال هذا إن أصاب من لم يعتده، فإن كان ممن يصيبه كثيراً ويعافي منه كما هو مشاهد فلا انتهى. وقد يقال: إن هذا غير القسم الأوّل، لأنه عند الأطباء أقسام **(و)** منه **(ذات جنب)** وسماها الشافعي رضي الله تعالى عنه ذات خاصرة، وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ثم تنفتح في الجنوب ويسكن الوجع، وذلك وقت الهلاك، وإنما كانت مخوفة لقربها من القلب والكبد، ومن علاماتها ضيق النفس والسعال والحمى الملازمة والوجع الفاحش تحت

وَرُعَافٌ دَائِمٌ وَإِسْهَالٌ مُتَوَاتِرٌ وَدِقٌّ، وَابْتِدَاءُ فَالِجٍ وَخُرُوجُ طَعَامٍ غَيْرِ مُسْتَحِيلٍ أَوْ كَانَ يَخْرُجُ بِشِدَّةٍ وَوَجَعٍ، أَوْ وَمَعَهُ دَمٌ، وَحُمًّى مُطْبَقَةٌ أَوْ غَيْرُهَا إِلَّا الرِّبْعَ،

الأضلاع، أجارنا الله تعالى من ذلك (و) منه (رعاف) بتثليث الراء (دائم) أو كثير لأنه ينزف الدم ويسقط القوّة، بخلاف غير الدائم القليل، فإنه من مصالح البدن (و) منه (إسهال متواتر) أي متتابع، لأنه ينشف رطوبة البدن، ويسقط القوّة، بخلاف غير المتتابع كإسهال يوم أو يومين، فليس مخوفاً إلا أن يخرج معه دم من عضو شريف كما يقتضيه كلامهم، أو انضمّ إليه انخراق بطن بحيث لا يمسك الطعام ويخرج غير مستحيل (و) منه (دق) بكسر الدال، وهو داء يصيب القلب ولا تمتدّ معه الحياة غالباً (و) منه (ابتداء فالج) وهو استرخاء أحد شقي البدن طولاً، ويطلق أيضاً على استرخاء أيّ عضو كان، وسببه غلبة الرطوبة والبلغم، وإنما كان ابتداؤه مخوفاً لأنه إذا هاج ربما أطفأ الحرارة الغريزية، وإذا استمرّ لم يخف منه الموت عاجلاً فلا يكون مخوفاً (و) منه (خروج الطعام) مع الإسهال كما في الشرحين والروضة، فلو ذكره عقب متواتر كان أولى، فإنه من تتمته، وكذا صنع في المحرّر حيث قال: والإسهال إن كان متواتراً، وكذا إذا خرج الطعام (غير مستحيل) وغير منصوب على الحال، ويمتنع الجرّ على الصفة لكونه نكرة وما قبله معرفة إلا أن يجعل التعريف فيه للجنس (أو كان يخرج) مع الإسهال أيضاً (بشدّة ووجع) ويسمى الزحير أو بعجلة ويمنعه من النوم (أو) لا بشدّة ووجع (و) لكن (معه دم) من عضو شريف ككبد، بخلاف نحو دم البواسير. قال الشارح: وذكر كان مع المضارع لإفادة التكرار (و) منه (حمى مطبقة) بكسر الباء وفتحها بخطه: أي لازمة، واقتصر الجوهري على الفتح وتبعه المصنف في تحريره وهو أشهر (أو) حمى (غيرها) أي غير المطبقة وهي خمسة أنواع: حمى الورد، وهي التي تأتي كل يوم. وحمى الغب، وهي التي تأتي يوماً وتقلع يوماً. وحمى الثلث، وهي التي تأتي يومين وتقلع يوماً. وحمى الأخوين، وهي التي تأتي يومين وتقلع يومين (إلا الربع) فليست مخوفة وهي التي تأتي يوماً وتقلع يومين، لأنه يقوى في يومي الإقلاع وتسميها العامّة المثلثة وقد يتخيل أنه أصوب من تسمية الفقهاء لها بالربع لما مرّ من المدّة، لكن فسرها الثعالبي في فقه اللغة بما قاله الفقهاء وإلحاقها بربع الإبل في ورود الماء وهو في اليوم الثالث، ويستثنى أيضاً حمى يوم أو يومين إلا إن اتصل بها قبل العرق موت فقد بانت مخوفة، بخلاف ما إذا اتصل بها بعد العرق؛ لأن أثرها زال بالعرق والموت بسبب آخر، والحمى اليسرية ليست مخوفة بحال، والربع والورد والغب والثلث بكسر أوّلها.

تنبيه: قد علم من قول المصنف: ومن المخوف عدم انحصاره فيما ذكره وهو كذلك فإنها كثيرة، فمنه هيجان المرة الصفراء والبلغم والدم بأن يتورّم وينصب إلى عضو كيد ورجل فيحمر وينتفخ، ومنه الطاعون وهو هيجان الدم في جميع البدن وانفتاحه وإن لم يصب المتبرّع إذا كان مما يحصل لأمثاله كما قاله الأذرعي، ومنه القيء الدائم أو المصحوب بخلط من

وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمَخُوفِ أَسْرُ كُفَّارٍ اعْتَادُوا قَتْلَ الأَسْرَى، وَالْتِحَامُ قِتَالٍ بَيْنَ مُتَكَافِئَيْنِ، وَتَقْدِيمٌ لِقِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ، وَاضْطِرَابُ رِيحٍ، وَهَيَجَانُ مَوْجٍ فِي رَاكِبِ سَفِينَةٍ وَطَلْقُ حَامِلٍ، وَبَعْدَ الْوَضْعِ مَا لَمْ تَنْفَصِلِ الْمَشِيمَةُ، وَصِيغَتُهَا

الأخلاط كالبلغم أو دم، ومنه الجراحة إذا كانت نافذة إلى الجوف، أو كانت على مقتل، أو في موضع كثير اللحم، أو حصل معها ضربان شديد، أو تأكل، أو تورّم. ومنه البرسام بكسر الموحدة وهو ورم في حجاب القلب أو الكبد يصعد أثره إلى الدماغ **(والمذهب أنه يلحق بالمخوف)** من الأمراض السابقة **(أسر كفار اعتادوا قتل الأسرى)** ولو اعتاد البغاة أو القطاع قتل من أسروه كان الحكم كذلك كما بحثه الزركشي. أما من لم يعتد **قتل** الأسرى كالروم فلا خوف في أسرهم **(والتحام)** أي اختلاط **(قتال بين)** فريقين **(متكافئين)** أو قريبين من التكافؤ سواء أكانا مسلمين أم كافرين، أم كافر ومسلم، ولفظة متكافئين مزيدة على المحرّر، ولا خوف إذا لم يلتحم القتال ولو كانا يتراميان بالنشاب ولا في الفريق الغالب **(وتقديم لقصاص)** بخلاف الحبس له كما هو ظاهر كلامهم، ذكره البلقيني، ثم حكى عن بعض المالكية أنه حكاه عن الشافعي. فإن **قيل**: مقتضى ما يأتي في الوديعة من أنه إذا مرض مرضاً مخوفاً أو حبس ليقتل لزمه الوصية بها، لأن الحبس للقتل كالتقديم له. أجيب بأن التقديم للقصاص وقت دهشة، فلو قيل إنه لا يوصي إلا ذلك الوقت، فإما أن نضمنه لو ترك أو لا، إن ضمناه أضررناه وإن لم نضمنه أضررنا بالمالك، فاقتضت المصلحة بأن يلحق الحبس للقتل بالمخوف هناك بخلافه هنا **(أو رجم)** في الزنا، أو **قتل في** قطع طريق **(واضطراب ريح)** هو مغن عن قوله **(وهيجان موج)** لتلازمهما **(في)** حق **(راكب سفينة)** في بحر أو نهر عظيم كالنيل والفرات وإن كان يحسن السباحة. نعم إن كان ممن يحسنها وهو قريب من الساحل لا يكون مخوفاً كما قاله الزركشي، ولا خوف إذا كان البحر ساكناً **(وطلق حامل)** بسبب ولادة بخلاف إسقاط علقة أو مضغة كما في زيادة الروضة لخطر الولادة دونهما، وخرج بطلق حامل الحمل نفسه فليس بمخوف.

فائدة: روى الثعلبي في تفسير آخر سورة الأحقاف عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال: «إِذَا عَسُرَ عَلَى المَرْأَةِ وَلَادَتُهَا فَيُكْتَبُ فِي صَحْفَةٍ ثُمَّ يُغْسَلُ وَيُسْقَى: بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ الحَلِيْمُ الكَرِيْمُ، سُبْحَانَ اللَّهِ رَبِّ السَّمـوَاتِ وَرَبِّ الأَرْضِ وَرَبِّ العَرْشِ العَظِيمِ، كَأَنَّهُمْ يَوْمَ يَرَوْنَهَا لَمْ يَلْبَثُوا إِلَّا عَشِيَّةً أَوْ ضُحَاهَا، كَأَنَّهُمْ يَوْمَ يَرَوْنَ مَا يُوعَدُونَ لَمْ يَلْبَثُوا إِلَّا سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ بَلَاغٌ فَهَلْ يُهْلَكُ إِلَّا القَوْمُ الفَاسِقُونَ **(وبعد الوضع ما لم تنفصل المشيمة)** وهي التي تسميها النساء الخلاص، فإن انفصلت المشيمة فلا خوف إن لم يحصل بالولادة جرح، أو ضربان شديد، أو ورم.

تنبيه: لا يلحق بالأمراض السابقة وجع العين ولا الضرس ولا الصداع ولا الهرم ولا الجرب ونحو ذلك. ثم شرع في الركن الرابع وهو الصيغة فقال: **(وصيغتها)** أي الوصية

أَوْصَيْتُ لَهُ بِكَذَا أَوِ ادْفَعُوا إِلَيْهِ أَو أَعْطُوهُ بَعْدَ مَوْتِي أَوْ جَعَلْتُهُ لَهُ أَوْ هُوَ لَهُ بَعْدَ مَوْتِي ، فَلَوِ اقْتَصَرَ عَلَى هُوَ لَهُ فَإِقْرَارٌ إِلاَّ أَنْ يَقُولَ هُوَ لَهُ مِنْ مَالِي فَيَكُونُ وَصِيَّةً، وَتَنْعَقِدُ بِكِنَايَةٍ، وَالْكِتَابَةُ كِنَايَةٌ ، وَإِنْ أَوْصَى لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَالْفُقَرَاءِ لَزِمَتْ بِالْمَوْتِ بِلاَ قَبُولٍ ،

(**أوصيت له بكذا، أو ادفعوا إليه**) بعد موتي كذا (**أو أعطوه**) بهمزة قطع، قاله المصنف، قال: ووصلها غلط (**بعد موتي**) كذا (**أو جعلته**) له بعد موتي (**أو هو له بعد موتي**) وهذه كلها صرائح كما هو ظاهر إطلاق الروضة، ويرشد له قول المصنف بعد: وينعقد بالكناية، ومن صرائحها أيضاً: ملكته له، أو وهبته له، أو حبوته به بعد موتي.

تنبيه: قوله بعد موتي في الموضعين قيد في المذكورين قبله، فلو ذكر هذا القيد عقب كل صيغة، أو اقتصر على ذكره بعد الكل ليعود إليها على قاعدة الشافعي لكان أحسن، على أن في عوده لغير الأخيرة نظراً، لأن ذاك إنما هو في حروف العطف الجامعة بخلاف ما هو لأحد الشيئين مثل أو: كما ذكره القرافي وغيره. قال الوليّ العراقي: فيتعين حينئذ ذكره عقب كل صيغة انتهى. قال ابن شهبة: ويؤيد تعين ذكره عقب كل صيغة أنه لو ذكره بعد الكل وقلنا يعود للجميع لزم كونه قيداً في أوصيت له وليس كذلك (**فلو اقتصر على**) قوله (**هو له فإقرار**) لأنه من صرائحه ووجد نفاذاً في موضوعه فلا يكون كناية في الوصية (**إلا أن يقول: هو له من مالي فيكون وصية**) لأن الإقرار لا يصح بذلك فيحتمل حينئذ الوصية فتقبل إرادتها.

تنبيه: ظاهر كلامه صراحته حينئذ لذكره له مع الصرائح، والذي في المحرر والشرحين والرّوضة أنه كناية وهو المعتمد وإن رجح السبكي أنه صريح، فلو قال: هو له بعد موتي من مالي كان وصية قطعاً، ولو اقتصر على وهبته له ونوى الوصية لم يصح؛ لأنه من صرائح الهبة ووجد نفاذاً في موضوعه فلا يكون كناية في الوصية (**وتنعقد**) الوصية (**بكناية**) بنون مع النية كعبدي هذا لزيد؛ لأنه يحتمل التعيين لها والتعيين للإعارة، أو عينت هذا له كالبيع وأولى؛ لأنها لا تفتقر إلى القبول في الحال فأشبهت ما يستقلّ به الإنسان من التصرّفات، وإنما كان ذلك كناية للتملك بالوصية (**والكتابة**) بالتاء (**كناية**) بنون فينعقد بها مع النية كما في البيع وأولى، فإذا كتب لزيد كذا ونوى به الوصية له وأعرب بالنية نطقاً أو ورثته بعد موته صحت، ولو كتب أوصيت لفلان بكذا وهو ناطق، وأشهد جماعة أن الكتاب خطه وما فيه وصيته ولم يطلعهم على ما فيه لم تنعقد وصيته كما لو قيل له: أوصيت لفلان بكذا فأشار أن نعم، فإن اعتقل لسانه فوصيته صحيحة بكتابة أو إشارة كالبيع.

فرع: لو قال كل من ادّعى بعد موتي شيئاً أعطوه له ولا تطالبوه بحجة فادّعى اثنان بعد موته بحقين مختلفي القدر ولا حجة كان كالوصية يعتبر من الثلث، فإن ضاق عن الوفاء قسم بينهما على قدر حقهما قاله الروياني، ولو قال المريض ما يدّعيه فلان فصدّقوه فمات، فهو إقرار بمجهول وتعيينه للورثة (**وإن أوصى لغير معين**) بأن أوصى لجهة عامة (**كالفقراء**) أو لمعين غير محصور كالهاشمية والمطلبية (**لزمت بالموت بلا**) اشتراط (**قبول**) لتعذره، ويجوز

أَوْ لِمُعَيَّنٍ اشْتُرِطَ الْقَبُولُ، وَلَا يَصِحُّ قَبُولٌ وَلَا رَدٌّ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي، وَلَا يُشْتَرَطُ بَعْدَ مَوْتِهِ الْفَوْرُ، فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَهُ

الاقتصار على ثلاثة منهم ولا تجب التسوية بينهم.

تنبيه: أشعر كلامه أنه لو أوصى لفقراء بلدة وكانوا محصورين أنه يشترط قبولهم كالمعين وهو كذلك (أو) أوصى (لمعين) محصور كزيد (اشترط القبول) كالهبة، فلو قبل بعض الموصى به ففيه احتمالان للغزالي ونظيره الهبة وقدمت في بابها أنه يصحّ كما رجحه بعض اليمانيين، فكذا هنا خلافاً لبعض المتأخرين، والفرق بينهما وبين البيع فيما إذا قبل بعضه حيث لم يصحّ أن البيع فيه المعاوضة فلم يغتفر فيه ما اغتفر فيهما.

تنبيه: دخل في المعين المتعدد المحصور كبني زيد فيتعين قبولهم، ويجب استيعابهم والتسوية بينهم، ولو كانت الوصية لمحجور عليه قبل له وليه، والظاهر أنه أراد بالمعين الأدمي. أما لو كانت لمعين غير آدمي كمسجد فهل نقول: ناظر الوقف كالولي أو يكون كالوصية لجهة عامة؟. قال الأذرعي: لم يحضرني فيه نصّ والثاني أقرب، وكذا لو أوصى للخيل المسبلة بالثغور ونحو ذلك. وقال ابن الرفعة: لا بدّ من قبول قيم المسجد فيما نظنه اهـ وهذا كما قال شيخي أوجه، وظاهر كلامهم أن المراد القبول اللفظي وهو كذلك، وإن بحث الزركشي الاكتفاء بالفعل وهو الأخذ كالهدية قال: ومحل اشتراط القبول من المعين في غير العتق، فلو قال: أعتقوا عبدي بعد موتي لم يفتقر إلى قبول العبد؛ لأن فيه حقاً لله تعالى فكان كالجهة العامة، ومثله التدبير، وإذا قلنا: إنه وصية، أي على رأي فإنه يتنجز بالموت من غير توقف على قبول كما قاله الرافعي في الكلام على رهن المدبر. نعم لو قال: أوصيت له برقبته ففي افتقار القبول وجهان أصحهما نعم؛ لاقتضاء الصيغة القبول ذكره الرافعي قبيل المسائل الحسابية (ولا يصحّ قبول ولا ردّ في حياة الموصي) إذ لا حقّ له قبل الموت فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع فلمن قبل في الحياة الردّ بعد الموت وبالعكس، ويصحّ الردّ بين الموت والقبول لا بعدهما وبعد القبض وأما بعد القبول وقبل القبض، فالأوجه عدم الصحة كما صححه في الروضة كأصلها. وقال الأسنوي: إنه المفتى به، وجرى عليه ابن المقري في روضه، وإن صحح المصنف في تصحيحه الصحة. وقال الأذرعي: إنه الصحيح المنصوص عليه في الأمّ، وجرى عليه العراقيون وعلله بأن ملكه قبل القبض لم يتمّ، قال: ولعل الرافعي تبع البغوي في الترجيح (ولا يشترط بعد موته) أي الموصي (الفور) في القبول؛ لأن الفور إنما يشترط في العقود الناجزة التي يعتبر فيها ارتباط الإيجاب بالقبول إذا لو اعتبر لاعتبر الإيجاب وللوارث مطالبة الموصي له بالقبول أو الرد، فإن امتنع حكم عليه بالرد. هذا إذا كان الموصى له مطلق التصرف، فإن كان محجوراً عليه وامتنع الولي من القبول وكان الحظ له فيه، فالمتجه أن الحاكم يقبل، ولا يحكم بالردّ كما قاله الزركشي في السفيه، ومثله بقية المحاجير (فإن مات الموصي له قبله) أي

بَطَلَتْ أَوْ بَعْدَهُ فَيَقْبَلُ وَارِثُهُ، وَهَلْ يَمْلِكُ المُوصَى لَهُ بِمَوْتِ المُوصِي أَمْ بِقَبُولِهِ أَمْ مَوقُوفٌ، فَإِنْ قَبِلَ بَانَ أَنَّهُ مَلَكَ بِالْمَوْتِ وإِلَّا بَانَ لِلْوَارِثِ أَقْوَالٌ أَظْهَرُها الثَّالِثُ، وَعَلَيْهَا تُبْنَى الثَّمَرَةُ، وكَسْبُ عَبْدٍ حَصَلا بَيْنَ المَوْتِ والْقَبُولِ، ونَفَقَتُهُ وفِطْرَتُهُ،

الموصي **(بطلت)** أي الوصية؛ لأنها قبل الموت غير لازمة فبطلت بالموت كما لو مات أحد المتبايعين قبل القبول **(أو)** مات **(بعده)** قبل قبوله وردّه **(فيقبل وارثه)** الوصية أو يرد؛ لأنه فرعه فقام مقامه في ذلك، ولو قال: قام وارثه مقامه لدخلت صورة الردّ.

فائدة: ليس لنا عقد لا يفوت بموت القابل إلا الوصية، ومن ذلك ما لو أوصى لرقيق شخص ثم مات الرقيق بعد موت الموصي وقبل القبول، فإن سيده يقوم مقامه في القبول كما هو ظاهر وإن لم أرَ من ذكره.

تنبيه: شمل إطلاق الوارث الوارث الخاص والوارث العام حتى لو مات عن غير وارث خاص قام الإمام مقامه، فإذا قبل كان الموصى به للمسلمين، وبه صرح الدبيلي وإذا قبل وارثه هل يقضي منه دين مورثه؟ فيه وجهان: أصحهما نعم كديته فإنه يقضي منها ديونه، وإن قلنا: إنها تثبت للورثة ابتداء ولا يخالف قبول الموصى له قبول وارثه إلا في شيء واحد كما في الشامل عن الأصحاب، وهو ما إذا أوصى لرجل بولده فإنه إذا قبل عتق عليه وورثه، وإذا قبل وارثه عتق ولم يرث إذ لو ورث لاعتبر قبوله وهو ممتنع؛ لأنا لم نحكم بحريته قبل القبول بل هو على الرق، وإذا لم يصح قبوله فلا يرث. أما إذا مات الموصي له بعد قبوله فقد ملكها وانتقلت إلى وارثه سواء أقبضها أم لا أو بعد الردّ بطلت بردّه **(وهل يملك الموصي له)** الوصية **(بموت الموصي)** كالإرث والتدبير. ولكن إنما تستقر بالقبول كما قاله الشيخ أبو حامد والعراقيون **(أم بقبوله)** أي الموصي له؛ لأنه تمليك بعقد فيتوقف على القبول كالبيع **(أم)** ملك الوصية **(موقوف)** وبينه المصنف بقوله **(فإن قبل)** الموصى له **(بان أنه ملك)** الوصية **(بالموت، وإلا)** بأن لم يقبلها **(بان)** أنها **(للوارث أقوال أظهرها الثالث)** منها؛ لأنه لا يمكن جعله للميت فإنه لا يملك ولا للوارث فإنه لا يملك أن يتصرّف فيه إلا بعد الوصية والدين ولا للموصى له، وإلا لما صحّ ردّه كالإرث فتعين وقفه، فلو أوصى له بمن يعتق عليه لم يجب عليه القبول بل له الردّ، ولا يعتق عليه حتى يقبل الوصية. **فإن قيل**: يعترض على المصنف بأنه كان ينبغي له أن يقول أو بقبوله؛ لأن صناعة العربية تقتضي أنه إذا سئل بهل أن يؤتى بأو، لا بأم. أجيب بأن المصنف تسمح كالفقهاء بوضع هل موضع الهمزة في محلّ يكون فيه السؤال عنه التعيين كما هنا بخلاف هل، فإن السؤال بها في الأصل عن وجود أحد الأشياء **(وعليها)** أي الأقوال الثلاثة **(تبني الثمرة وكسب عبد)** مثلاً **(حصلا بين الموت والقبول ونفقته)** وكسوته ونحوهما **(وفطرته)** بينهما، فعلى الأوّل والثالث للموصي له الفوائد وعليه المؤنة، وعلى الثاني لا ولا، ولو ردّ فعلى الأوّل له وعليه ما ذكر، وعلى الثاني والثالث لا ولا، وعلى النفي في الموضعين يتعلق ما ذكر بالوارث، هذا كله في وصية التمليك. أما لو أوصى بإعتاق عبد معين بعد موته فالملك فيه

وَنُطَالِبُ المُـوصَى لَهُ بِـالنَّفَقَةِ إِنْ تَوَقَّفَ في قَبُولِهِ وَرَدِّهِ.

فَصْلٌ

للوارث إلى عتقه قطعاً كذا قالاه فتكون الأكساب له والنفقة عليه. لكن قال الروياني: قيل إنهـا على الخلاف في الموصى له والأصحّ القطع بأنّها للعبد لتقرّر استحقاقه العتق بخلاف الموصي له فإنه مخير، وبما قاله جزم الجرجاني، وجرى عليه في الرّوضة في كتاب العتق فهو المعتمد، ولـو أوصى بوقف شيء فتـأخر وقفـه بعد مـوته فلمن يكـون ريعه؟ قيـل للموقـوف عليه، وقيـل للوارث؛ لأنه إنما جعل للموقوف عليه على تقدير حصول الوقف. قال الأذرعي: وهو الأشبـه. وقال ابن شهبة: وهذا قريب من كسب العبد الموصي بعتقه قبل العتق اهـ. وهذا ظاهر إذا كان الوقف على جهة عامة أو معين غير محصور كبني هاشم فإنه لا يحتاج فيهـا لقبول. أمـا إذا كان على معين محصور. فكلام الأذرعي أظهر لأنه مخير بين القبول والردّ، ولو أوصى بأمته لزوجها فقبل الوصية تبين انفساخ النكاح من وقت الموت وإن ردّ استمرّ النكاح، وإن أوصى بها لأجنبي والزوج وارث الموصي وقبل الأجنبي الوصية لم ينفسخ النكاح وإن ردّ انفسخ، هذا إن خرجت من الثلث، فإن لم تخرج منه أو أوصى بها لوارث آخر، وأجاز الزوج الوصية فيهما لم ينفسخ، وإلا انفسـخ. فإن قيـل: يعترض على المصنف بتعـريف الثمرة وتنكيـر كسب، وجمعهمـا في ضميـر حصلا مـع أن الأوّل يطلبـه حالاً والثـاني يطلبـه صفة. أجيب بـأن التعـريف في الثمـرة للجنس، والمعـرف بـأل الجنسيـة في المعنى كـالنكـرة فليس طلب الثمـرة وكسب حينئـذ من جهتين، بل من جهة واحدة **(ونطالب)** بالنون أوّله بخطه على كل قول من الثلاثة **(المـوصى له)** بـالعبد: أي يـطالبه الـوارث كما في الـروضة كـأصلهـا: أي أو القـائم مقـامـه من وليّ ووصى **(بالنفقة)** وسائر المؤن **(إن توقف في قبوله وردّه)** كما لو امتنع مطلق إحدى زوجتيه من التعيين، فإن لم يقبل أو يردّ خيره الحاكم بين القبول والردّ، فإن لم يفعل حكم بالبـطلان كالمتحجـر إذا امتنع من الإحياء.

تنبيه: استشكل مطالبة الموصى له على القـول الثاني فـإنه قـد مرّ أن الملك قبـل القبول للوارث، وقيـل للميت: كيف يكلف بالنفقـة على ملك غيره. وقـال ابن الرفعـة: إن المطالبـة مفرعة على أنه ملكه بموت الموصي، صرّح به الإمام، وبحث ابن الرفعة على قول الـوقف أن النفقة عليهما في زمن الوقف أي بالنسبة للمطالبة حالاً. أما النسبة لما يستقرّ عليه الأمر، فهي على الموصي له، إن قبل، وعلى الوارث إن ردّ.

فَصْلٌ

في أحكام الوصية الصحيحة، وتنقسم إلى ثلاثة أقسـام: لفظيـة، ومعنويـة، وحسابيـة. والمصنف أسقط القسم الأخير من هذا الكتاب اختصاراً. وقـد شرع في القسم الأوّل، فقـال

إِذَا أَوْصَى بِشَاةٍ تَنَاوَلَ صَغِيرَةَ ٱلْجُثَّةِ وكَبِيرَتَهَا سَلِيمَةً ومَعِيبَةً ضَأْناً ومَعَزاً وكَذَا ذَكَرٌ فِي الأَصَحِّ لَا سَخْلَةٌ وَعَنَاقٌ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ أَعْطُوهُ شَاةً مِنْ غَنَمِي وَلَا غَنَمَ لَهُ لَغَتْ،

(**إذا أوصى بشاة**) وأطلق (**تناول**) اسم الشاة (**صغيرة الجثة**) أي الجسم (**وكبيرتها سليمة ومعيبة ضأناً**) بالهمز، وقد يخفف (**ومعزاً**) بفتح العين، وتسكن جمع ماعزة لصدق الاسم. فإن قيل: تجويز المعيبة مخالف لقولهم في البيع والزكاة والكفارة: إن الإطلاق يقتضي السلامة؟. أجيب بأن ذلك لأمر زائد على مقتضى اللفظ، وهنا لا يزاد عليه لعدم الدليل عليه. نعم لو قال: اشتروا له شاة لا تشتري له معيبة كما نقله في الروضة وأصلها عن البغوي وأنه أبدى فيه احتمالاً هو قضية إطلاق المصنف، وأفهم قوله: ضأناً ومعزاً أنه لا يتناول غيرهما، فلو أراد الوارث إعطاءه أرنباً أو ظبياً لم يكن له ذلك ولا للموصى له قبوله وإن وقع عليه اسم شاة كما ذكره ابن عصفور فإنه قال: إن الشاة تقع على الذكر والأنثى من الضأن والمعز والظباء والبقر والنعام وحَمرالوحش، وسببه تخصيص العرف بالضأن والمعز. نعم لو قال: شاة من شياهي وليس له إلا الظباء أعطى منها كما بحثه في الروضة، وجزم به صاحب البيان. ونقله في محل آخر عن الأصحاب وإن خالف في ذلك ابن الرفعة تبعاً لغيره (**وكذا ذكر**) بتناوله أيضاً اسم الشاة إن لم تقم قرينة على المراد (**في الأصح**) لأنه اسم جنس كالإنسان، وليست التاء فيه للتأنيث بل للوحدة كحمام وحمامة، ويدلّ له قولهم: لفظ الشاة يذكر ويؤنث، ولهذا حمل قوله ﷺ: «في أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ» على الذكور والإناث، والثاني لا يتناوله للعرف، والخنثى كالذكر. أما إذا قامت قرينة كأعطوه شَاة ينزها على غنمه أو تيساً أو كبشاً تعين الذكر أو شاة يحلبها أو ينتفع بدرّها ونسلها أو نعجة تعينت الأنثى أو شاة ينتفع بصوفها تعين الضأن أو بشعرها تعين المعز، وخرج بصغيرة الجثة صغيرة السنّ التي ذكرها بقوله (**لا سخلة**) وهي ولد الضأن والمعز ذكراً كان أو أنثى ما لم يبلغ سنة (**و**) لا (**عناق**) وهي الأنثى من ولد المعز كذلك وكالعناق الجدي كما شملته السخلة، ولو اقتصر على ذكرها كفى عن ذكر العناق، ودخل الجدي فلا يتناولهما اسم الشاة (**في الأصح**) لأن كلاهما لا يسمى شاة لصغر سنها كما نقله الرافعي عن الصيدلاني، وصححه البغوي. والثاني يتناولهما لصدق الاسم، ونقله الرّوياني عن سائر الأصحاب والغزالي عنهم خلا الصيدلاني، ومع هذا فالمعتمد ما في المتن (**ولو قال: أعطوه شاة**) أو رأساً (**من غنمي**) أو من شياهي بعد موتي وله غنم عند موته أعطى شاة منها، وإن قال ذلك (**ولا غنم له**) عند الموت (**لغت**) وصيته هذه لعدم ما يتعلق به الوصية. أما إذا لم يكن له غنم عند الوصية وله غنم عند الموت، فإن وصيته تصح، ففي الرّوضة وأصلها لو قال: أعطوه رأساً من رقيقي ولم يكن له أرقاء عند الوصية ثم ملكه بعد أن فيه الخلاف في أن الاعتبار بيوم الوصية أو الموت، وعلى هذا فيجب أن يعطي شاة من غنمه كما لو كانت موجودة عند الوصية والموت، ولا يجوز أن يعطي واحدة من غير غنمه في الصورتين وإن تراضيا؛ لأنه صلح على

وَإِنْ قَالَ مِنْ مَالِي اشْتَرَيْتُ لَهُ، وَالجَمَلُ وَالنَّاقَةُ يَتَناوَلاَنِ الْبَخَاتِيَّ وَالْعِرَابَ لاَ أَحَدُهُمَا الْأَخَرَ، وَالأَصَحُّ تَنَاوُلُ بَعِيرٍ نَاقَةً لاَ بَقَرَةٍ ثَوْراً

مجهول.

تنبيه: قد يفهم كلام المصنف أنه لو كان له واحدة من الغنم فقط أن الوصية تلغى. قال ابن شهبة: والأصح أنها تدفع إليه أي إذا خرجت من الثلث، وقد يفهم أيضاً أنه إذا كان له ظباء لا يحمل عليها، وهو يخالف ما مرّ عن تصحيحه. قال ابن شهبة: وقد يفرّق بأن الظباء قد يقال لها شياه البرّ ولم يقل لها غنم البرّ كما قاله في الرّوضة فلهذا لغت هنا **(وإن قال)** أعطوه شاة **(من مالي)** ولا غنم له كما في المحرّر عند موته **(اشتريت له)** شاة بأيّ صفة كانت مما مرّ، فالضمير في اشتريت للشاة، وهي للوحدة فلا فرق بين أن يقول: اشترى أو اشتريت، وإن قال بعض الشارحين: إن اشترى أولى، فإن كان له غنم فللوارث أن يعطيه منها، وأن يعطيه من غيرها شاة على غير صفة غنمه لشمول الوصية لذلك، وإن قال: اشتروا له شاة تعينت سليمة كما مرّ؛ لأن إطلاق الأمر بالشراء يقتضيها كما في التوكيل بالشراء، ويقاس بما ذكر أعطوه رأساً من رقيقي أو رأساً من مالي أو اشتروا له ذلك، فلو قال: أعطوه رقيقاً واقتصر على ذلك فكما لو قال: من مالي، ويقاس عليه ما لو قال: أعطوه شاة ولم يقل: من مالي ولا من غنمي **(والجمل والناقة يتناولان البخاتيّ)** بتشديد الياء وتخفيفها، واحدها بختيّ. وبختية، وهي جمال طوال الأعناق **(و)** يتناولان **(العراب)** والسليم والمعيب وصغير الجثة وكبير لصدق الاسم على ذلك كالشاة، و **(لا)** يتناول **(أحدهما الآخر)** فلا يتناول الجمل الناقة ولا عكسه؛ لأن الجمل للذكر، والناقة للأنثى **(والأصح)** المنصوص **(تناول بعير)** مع تناوله ما يتناوله الجمل **(ناقة)** لأنه لغة اسم جنس كالإنسان، وقد سمع من العرب حلب فلان بعيره وصرعتني بعيري. والثاني المنع، ورجحه كثيرون. وقال الماوردي والغزالي: إنه المذهب.

تنبيه: سكت المصنف عن عكسه. قال الزركشي: والظاهر الجزم بعدم التناول، وفي المحكم الناقة الأنثى من الإبل **(لا بقرة)** سميت بذلك لأنها تبقر الأرض. أي تشقها. أي لا تتناول **(ثوراً)** بالمثلثة على الأصح؛ لأن اللفظ موضوع للأنثى، سمي بذلك لأنه يثير الأرض. والثاني: يتناول، والهاء للوحدة، ولا يخالف الأوّل قول المصنف في تحريره أن البقرة تقع على الذكر والأنثى باتفاق أهل اللغة؛ لأن وقوعها عليه لم يشتهر عرفاً، والبغل والكلب والحمار للذكر فلا يتناول الأنثى كما قاله الغزالي في الأخيرين، وصوّبه المصنف في زيادة الرّوضة ومثلهما الأوّل، واختار الرافعي بحثاً شمولهما للذكر والأنثى؛ لأن المراد الجنس، فإن أتى بالهاء كحمارة وكلبة وبغلة لم يجز الذكر، وفي الرّوضة آخر النذر عن الإمام وأقرّه أن البعير لا يتناول الفصيل والبقرة لا تتناول العجل، وهو قياس ما مرّ من أن الشاة لا تتناول السخلة، وتدخل الجواميس في اسم البقر خلافاً لما في الكفاية من عدم الدخول كما يكمل بها نصابها. قال الصيمري: ولا يدخل فيه الوحشي. قال الزركشي: إلا أن يكون له غيرها، فالأشبه الصحة كما

وَالثَّوْرُ لِلذَّكَرِ، والمَـذْهَبُ حَمْلُ الـدَّابَّـةِ عَلَى فَـرَسٍ وَبَغْـلٍ وَحِمَـارٍ، وَيَتَنَـاوَلُ الـرَّقِيقُ صَغِيـراً وَأُنْثَى وَمَعِيبـاً وَكَـافِـراً وَعُكُوسَهَا، وَقِيلَ إنْ أَوْصَى بِإعْتَاقِ عَبْدٍ وَجَبَ المُجْزِئُ كَفَّارَةً،

مرّ في الشاة. فإن قيل ما قاله الصميري قد يشكل بحنث من حلف لا يأكل لحم بقر فأكل لحم بقر وحش. أجيب بأن ما هنا مبني على العرف وما هناك إنما يبنى عليه إذا لم يضطرب وهو في ذلك مضطرب(**والثور**) يصرف إذا أوصى به(**للذكر**) فقط فلا يتناول البقرة، واسم عشر بقرات وعشر أينق للإناث وعشر من الإبل والبقر والغنم شامل للذكر والأنثى (**والمذهب**) المنصوص (**حمل الدابة**) عرفاً إذا أوصى بها (**على**) ما يمكن ركوبه كما في التتمة من (**فرس وبغل وحمار**) ولو ذكراً ومعيباً وصغيراً في جميع البلاد لشهرة استعمالها في هذه الثلاثة، وإن كانت لغة لكل ما يدبّ على الأرض، ولأن الثلاثة أغلب ما يركب. قال تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨] وقيل: هذا على عرف أهل مصر، وإذا كان عرف أهل غيرها كالعراق الفرس حمل عليه، وللاختلاف في فهم المراد بالنصّ صح التعبير بالمذهب، والمراد بالحمار الحمار الأهلي، فلو لم يكن له إلا حمر وحشية. قال ابن الرفعة: فالأشبه الصحة حذراً من إلغائها اهـ وهو نظير ما مرّ في الشاة إذا لم يكن له إلا ظباء، هذا إن أطلق، فإن قال: أعطوه دابة ليقاتل أو يكرّ أو يفرّ عليها ففرس، أو لينتفع بظهرها ونسلها ففرس أنثى أو ناقة أو حمارة، أو ليحمل عليها خرج منها الفرس،فإن اعتادوا الحمل على البراذين دخلت. بل قال المتولي وقوّاه المصنف إذا قال: أعطوه دابة للحمل عليها دخل فيها الجمال والبقر إن اعتادوا الحمل عليها، فلو قال: أعطوه دابة من دوابي ومعه دابة من جنس من الأجناس الثلاثة تعينت أو دابتان من جنسين منهما تخير الوارث بينهما، فإن لم يكن له شيء منها عند موته بطلت وصيته؛ لأن العبرة بيوم الموت لا بيوم الوصية كما مرّ. نعم إن كان له شيء من النعم أو نحوها فالقياس كما قاله صاحب البيان الصحة، ويعطي منها لصدق اسم الدابة عليها حينئذ، وهو نظير ما مرّ في الشاة (**ويتناول الرّقيق**) إذا أوصى به أو بإعتاقه (**صغيراً وأنثى ومعيباً وكافراً وعكوسها**) وهي كبير وذكر وسليم ومسلم وخنثى كما في الرّوضة وأصلها لصدق الاسم على الجميع (**وقيل: إن أوصى بإعتاق عبد وجب المجزىء كفارة**) لأنه المعروف في الإعتاق، بخلاف أعطوه عبداً فإنه لا عرف فيه، والخلاف في عتق التطوّع، فلو قال: عن كفارة تعين المجزىء فيها أو نذر فسيأتي في بابه إن شاء الله تعالى. هذا عن الإطلاق، فلو قال: أعطوه رقيقاً ليقاتل أو ليخدمه في السفر أعطى ذكراً. قال الأذرعي في الأولى: وحينئذ يجب أن يكون مكلفاً سليماً من الزمانة والعمى ونحوهما. وقال في الثانية: والظاهر أنه يعتبر أن يكون سليماً مما يمتنع معه الخدمة، ولو قال: أعطوه رقيقاً للخدمة فهو كما لو أطلق. أي بالنسبة للذكورة والأنوثة كما قاله الأذرعي لا مطلقاً، إذا الظاهر أنه لا يكفي من لا يصلح للخدمة، وإن قال: ليحضن ولده أو ليتمتع به فأنثى؛ لأنها التي تصلح لذلك.

وَلَوْ أَوْصَى بِأَحَدِ رَقِيقِهِ فَمَاتُوا أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِهِ بَطَلَتْ، وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ تَعَيَّنَ، أَوْ بِإِعْتَاقِ رِقَابٍ فَثَلَاثٌ، فَإِنْ عَجَزَ ثُلُثُهُ عَنْهُنَّ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَى شِقْصٌ بَلْ نَفِيسَتَانِ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَنْفَسِ رَقَبَتَيْنِ شَيْءٌ فَلِلْوَرَثَةِ، وَلَوْ قَالَ ثُلُثِي لِلْعِتْقِ اشْتُرِيَ شِقْصٌ،

تنبيه: قوله: كفارة بالنصب بخطه، وهو كما قاله السبكي: إما حال لأنه نفسه كفارة أو تمييز، وإن استعمل كفارة بمعنى تكفير صح أن يكون مفعولاً من أجله، ولا يجوز أن يكون مفعولاً به لأنه ليس المعنى عليه، ولا على نزع الخافض لقلته **(ولو أوصى بأحد رقيقه)** مبهماً ـ أي بأحد أرقائه **(فماتوا أو قتلوا)** كلهم، ولو كان القتل مضموناً أو خرجوا عن ملكه بإعتاق أو نحو بيع **(قبل موته)** أي الموصي **(بطلت)** هذه الوصية؛ لأنه لا رقيق له عند موته **(وإن بقي واحد تعين)** للوصية؛ لأنه الموجود فليس للوارث إمساكه وإعطاؤه قيمة مقتول، ومثله لو خرجوا عن ملكه بما مرّ إلا واحداً، هذا إذا أوصى بأحد الموجودين، فإن أوصى بأحد أرقائه فمات الذين في ملكه أو خرجوا عن ملكه وتجدّد له غيرهم لم تبطل الوصية على الأصح كما مرّت الإشارة إليه، وإذا بقي واحد من الموجودين لا يتعين بل للوارث أن يعطيه من الحادث كما ذكره البلقيني. وخرج بقوله: قبل موته ما بعده، فإن كان القتل أو الموت بعد القبول أو قبله وقبل انتقل حقه إلى قيمة أحدهم في صورة القتل بخيرة الوارث ولا شيء له في صورة الموت ولزمه تجهيزه في الحالين **(أو)** أوصى **(بإعتاق رقاب فثلاث)** لأنه أقلّ الجمع على الراجح، ومن قال أقله اثنان جوّز الاقتصار عليهما، ولو قال: اشتروا بثلث مالي رقاباً وأعتقوهم اشتروا ثلاثاً لما مرّ فأكثر. قال الشافعي رضي الله عنه: والاستكثار مع الاسترخاص أولى من الاستقلال مع الاستغلاء. ومعناه أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة أفضل من إعتاق أربع كثيرة القيمة، ولا يجوز صرف ما وصى به إلى رقبتين مع إمكان ثلاث، فلو صرفه ضمن الوصي الثالثة، وهي يضمن ثلث ما نفذت الوصية أو أقلّ ما يجد به رقبة؟ فيه خلاف، والراجح الثاني **(فإن عجز ثلثه عنهنّ)** أي عن ثلاث رقاب **(فالمذهب)** وفي الرّوضة وأصلها الأصحّ **(أنه لا يشتري)** مع رقبتين **(شقص)** من رقبة، ولو كان باقيها حرّاً خلافاً للزركشي لما سيأتي من التعليل **(بل)** يشتري **(نفيستان به)** أي بما أوصى به **(فإن فضل)** من الموصى به **(عن أنفس رقبتين شيء فللورثة)** لأن الشقص ليس رقبة، ألا ترى أنه لو أوصى بأن يشتري بثلثه رقبة، فلم يوجد إلا شقص لم يشتر قطعاً. والثاني: يشتري شقص؛ لأنه أقرب لغرض الموصي من صرف الفاضل للورثة، واختاره السبكي.

تنبيه: لو فضل ما أوصى به في الثانية عن ثلاث نفيسات شيء لم يتعرّض له المصنف. قال الوليّ العراقي: ويظهر أنها أولى بأن لا يشتري به الشقص من مسألة الكتاب لحصول اسم الجمع هنا، ولو أوصى بشراء شقص اشترى، فإن لم يوجد إما لعدمه أو لقلة الباقي بطلت الوصية وردّت للورثة **(ولو قال ثلثي للعتق اشترى شقص)** لأن المأمور به صرف الثلث إلى العتق. وقضية كلامه كأصله أنه يشتري الشقص وإن قدر على التكميل، ولهذا قال السبكي:

وَلَوْ وَصَّى لِحَمْلِهَا فَأَتَتْ بِوَلَدَيْنِ فَلَهُمَا، أَوْ بِحَيٍّ وَمَيِّتٍ فَكُلُّهُ لِلْحَيِّ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ إِنْ كَانَ حَمْلُكِ ذَكَراً أَوْ قَالَ أُنْثَىٰ فَلَهُ كَذَا فَوَلَدَتْهُمَا لَغَتْ، وَلَوْ قَالَ إِنْ كَانَ بِبَطْنِهَا ذَكَرٌ فَوَلَدَتْهُمَا اسْتَحَقَّ الذَّكَرُ أَوْ وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ فَالأَصَحُّ صِحَّتُهَا وَيُعْطِيهِ الْوَارِثُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا، وَلَوْ وَصَّى لِجِيرَانِهِ

يشتري شقص، لكن التكميل أولى إذا أمكن، والذي صرّح به الطاوسي والبارزي أنه إنما يشتري ذلك عند العجز عن التكميل، وهذا كما قال البلقيني أقرب وإن قال بعض المتأخرين: إن الأقرب الأوّل (**ولو وصى لحملها**) بشيء (**فأتت بولدين**) حيين ذكرين أو أنثيين أو مختلفين ولدتهما معاً أو مرتباً وبينهما أقلّ من ستة أشهر كما قاله الزركشي (**فلهما**) بالسوية لأنه مفرد مضاف فيعمّ، ولا يفضل ذكر عن أنثى كما لو وهب لرجل وامرأة شيئاً (**أو**) أتت (**بحيّ وميت فكله**) أي الموصى به (**للحيّ في الأصحّ**) لأن الميت كالمعدوم بدليل البطلان بانفصالهما ميتين. والثاني له النصف، والباقي لورثة الموصي كما لو أوصى لحيّ وميت (**ولو قال: إن كان حملك ذكراً أو قال**) إن كان حملك (**أنثى فله كذا فولدتهما**) أي ذكراً وأنثى (**لغت**) وصيته؛ لأن حملها جميعه ليس ذكراً ولا أنثى، ولو ولدت في الأولى ذكرين قسم الموصى به بينهما كما اختاره في الروضة، وجرى عليه ابن المقري في روضه، وقياسه أنها لو ولدت في الثانية أنثيين أن الحكم كذلك، وهذا بخلاف ما لو قال: إن كان حملك ابناً فله كذا، أو بنتاً فلها كذا، فولدت ابنين أنثيين فإنه لا شيء لهما، والفرق أن الذكر والأنثى للجنس فيقع على الواحد والعدد بخلاف الابن والبنت. قال الرافعي: وليس هذا الفرق بواضح، والقياس التسوية وتبعه السبكي، وقال المصنف: بل الفرق واضح وهو المختار، ويمكن حمل كلام الرافعي أنه ليس بواضح من جهة اللغة، وكلام المصنف أنه واضح من جهة العرف وإلا ففي وضوح الفرق كما قال شيخنا نظر (**ولو قال: إن كان ببطنها ذكر**) فله كذا (**فولدتهما**) أي ذكراً وأنثى (**استحق الذكر**) فقط لأنه وجد ببطنها، وزيادة الأنثى لا تضرّ (**أو**) ولدت (**ذكرين فالأصح**) وفي الوجيز الأظهر (**صحتها**) أي الوصية لأنه لم يحصر الحمل في واحد بل حصر الوصية فيه. والثاني: المنع لاقتضاء التنكير التوحيد (و) على الأوّل (**يعطيه**) أي الموصي به (**الوارث من شاء منهما**) كما لو وقع الإبهام في الموصي به؛ لأنه يرجع إلى بيان الوارث؛ لأنه خليفته في حقوقه، وقيل: يوزع عليهما، وقيل: يوقف إلى أن يتأهلا للقبول فيصطلحا ولو قال: إن ولدت غلاماً، أو إن كان في بطنك غلام، أو إن كنت حاملاً بغلام فله كذا، أو أنثى فكذا فولدتهما أعطى كل منهما ما أوصى له به، ولو ولدت ذكرين ولو مع أنثيين أعطى الوارث من شاء منهما كما مرّ، وإن ولدت خنثى أعطى الأقل كما في الرّوضة وأصلها لأنه المتيقن وإن جزم صاحب الذخائر بأنه يوقف له تمام ما جعل للآخر حتى يظهر الحال وصححه ابن المسلم. وقال الزركشي: إنه القياس (**ولو وصى**) بشيء (**لجيرانه**) بكسر الجيم وفتحها لحن، وفي المحكم إن جمع الجار

فَلِأَرْبَعِيْنَ دَاراً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ،

جيرة وجيران ولا نظير له إلا قاع وقيعة وقيعان (فلأربعين داراً من كل جانب) من جوانب داره الأربعة كما نصّ عليه الشافعي رضي الله عنه في الأمّ، وهو إمام عارف باللغة وكلامه فيها حجة، ويدل له خبر: «حَقُّ الجِوَارِ أَرْبَعُونَ دَاراً هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا» وأشار قدّاماً وخلفاً ويميناً وشمالاً. رواه أبو داود وغيره مرسلاً، وله طرق تقوّيه. وقيل: الجار من لاصق داره، وقيل: أهل المحلة التي هو فيها، وقيل: الملاصق والمقابل، وقيل: أهل الزقاق غير النافذ، وقيل: من ليس بينه وبينه درب يغلق، وقيل: من يصلي معه في المسجد، وقيل: قبيلته، وقيل: جميع أهل البلد لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا﴾ [الأحزاب: ٦٠] وعلى الأوّل يصرف ذلك الشيء للمسلم والغني وضدهما على عدد الدور لا على عدد السكان والعبرة بالساكن لا بالملك، وتقسم حصة كل دار على عدد سكانها كما بحثه السبكي ولو ردّ بعض الجيران فالظاهر كما قال الدميري أنه يرد على الباقين.

تنبيه: قضية كلام الأصحاب وجوب استيعاب الدور من الجوانب الأربعة وهو كذلك وإن قال الأذرعي: المتجه حمل كلامهم على أن غاية الجوار ذلك لا أنه يجب، فجملة الدور حينئذ مائة وستون كما صرّح به القاضي أبو الطيب وغيره، ولم يصرّح أحد بأن المجموع أربعون، فيكون معنى قوله في الحديث: هَكَذَا وَهَكَذَا أن الأربعين تعدّ هكذا وهكذا حتى تتمّ، واعترض هذا العدد بأن دار الموصي قد تكون كبيرة في التربيع فيسامتها من كل جهة أكثر من أربعين دار فيزيد العدد.

وقد تسامت دار الموصي دار أن يخرج من كل منهما شيء عنها فيزيد العدد أيضاً.

وربما يقال: التعبير بذلك جرى على الغالب من أن كل جانب لا يزيد على ذلك، فإن وجدت زيادة على ذلك اختار الوارث من كل جانب القدر المعتبر، فإن وجد في أحد الجانبين زيادة وفي آخر نقص ينبغي أن يكمل الناقص من الزائد ويقسم عليهما، وينبغي أن يكون الربع كالدار المشتملة على بيوت، ولو كان للموصي دار إن صرف إلى جيران أكثرهما سكني، فإن استويا فإلى جيرانهما، نقله الأذرعي عن القاضي أبي الطيب والزركشي عن بعضهم، ثم قال الأوّل: وينبغي أن يصرف إلى جيران من كان فيها حالتي الموت والوصية، واقتصر الثاني على حالة الموت. ويظهر قول الأوّل إن كان في واحدة حالتي الموت والوصية وإن كان في واحدة حالة الوصية، وفي أخرى حالة الموت، فالعبرة بحالة الموت وإن لم يكن في واحدة منهما فإلى جيرانهما، والوجه كما قال شيخنا أن جيران المسجد كجيران الدار فيما لو أوصى لجيرانه، وقيل: جاره من يسمع النداء لخبر: «لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ» وجاره من يسمع النداء. وأجيب بأن ما في الخبر خاص بحكم الصلاة بقرينة السياق.

وَالْعُلَمَاءُ أَصْحَابُ عُلومِ الشَّرْعِ مِنْ تَفْسِيرٍ، وَحَدِيث وَفِقْهٍ،

فائدة: روي الحافظ أبو عمرو في ترجمة أبي سعيد الأنصاري: أنه روي عن النبيّ ﷺ أنه قال: «البِرُّ وَالصِّلَةُ وَحُسْنُ الجِوارِ عِمَارَةٌ لِلدِّيَارِ وَزِيَادَةٌ في الأَعْمَارِ» **(والعلماء)** في الوصية لهم **(أصحاب علوم الشرع)**. قال الدميري: وما سواها في الدين حطام فَانٍ، وبينها المصنف بقوله: (من) علم (التفسير) وهو لغة بيان معنى اللفظ الغريب. وشرعاً معرفة معاني الكتاب العزيز وما أريد به، وهذا بلا ساحل له، وكل عالم يأخذ منه على قدره وهو قسمان: ما لا يعرف إلا بتوقيف، وما يدرك من دلالة الألفاظ بواسطة علوم أخر كاللغة والمعاني والبيان، وهو شرعي أيضاً لتوقفه على اللفظ المستفاد من الشرع ووراء هذين القسمين فهم يؤتيه الله للعبد وهو شرعي أيضاً. قال العراقي: ومن عرف التفسير دون أحكامه لا يصرف له شيء؛ لأنه كناقل الحديث (و) من علم **(حديث)** والمراد به هنا معرفة معانيه ورجاله وطرقه وصحيحه وسقيمه وعليله وما يحتاج إليه، وهو من أجلّ العلوم بعد القرآن، فالعالم به من أجلّ العلماء، وليس من علمائه من اقتصر على السماع المجرّد (و) من علم **(فقه)** المراد به هنا معرفة الأحكام الشرعية نصاً واستنباطاً: أي عرف من كل نوع منها شيئاً، قاله ابن الرفعة، والمراد من كل باب من أبواب الفقه دون من عرف طرفاً منه كمن عرف أحكام الحيض أو الفرائض وإن سماها الشارع نصف العلم، وخرج بالاستنباط الظاهرية كما قاله ابن سريج وأفتى به القاضي الحسين وغيره. قال الماوردي: لو أوصى لأعلم الناس صرف للفقهاء لتعلق الفقه بأكثر العلوم. وقال شارح التعجيز: أولى الناس بالفقه في الدين نور يقذف هيبته في القلب أي من قذف في قلبه ذلك، وهذا القدر قد يحصل لبعض أهل العنايات موهبة من الله تعالى، وهو المقصود الأعظم بخلاف ما يفهمه أكثر أهل الزمان، فذلك صناعة، ووصف الفقهاء والمتفقهة والصوفية سبق بيانه في الوقف. سئل الحسن البصري عن مسألة فأجاب فقيل: إن فقهاءنا لا يقولون ذلك، فقال: وهل رأيتم فقيهاً قط؟ الفقيه هو القائم ليله، الصائم نهاره، الزاهد في الدنيا الذي لا يداري ولا يماري، ينشر حكمة الله، فإن قبلت منه حمد الله تعالى وفقه عن الله أمره ونهيه وعلم ما يحبه وما يكرهه، فذلك هو العالم الذي قيل فيه: «مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ في الدِّين» فإذا لم يكن بهذه الصفة فهو من المغرورين، ولو أوصى لمفسر ومحدّث وفقيه فاجتمعت في شخص أعطى بأحدها كنظيره الآتي في قسم الصدقات، واحترز المصنف بعلوم الشرع عن علوم العقل كالطب والحساب والمنطق، وممن صرّح بعدم دخول المنطق الطاوسي في التعليقة، لكن نقل عن الغزالي أنه جعله من علم الكلام فليكن على الخلاف الآتي.

تنبيه: قضية كلامه الحصر في هذه الثلاثة وليس مراداً، بل العلم بأصول الفقه مثلها كما قاله الصيمري وصاحب البيان لابتناء الفقه عليه، وعدّ الغزالي في مقدّمة المستصفى من العلم الديني علم الباطن يعني علم القلب وتطهيره عن الأخلاق الذميمة، واختلف في الراسخ في العلم فقيل: هو من برّت يمينه، وصدق لسانه، واستقام قلبه. وقيل: هو من جمع أربع

لَا مُقْرِىءٌ وَأَدِيبٌ وَمُعَبِّرٌ وَطَبِيبٌ، وَكَذَا مُتَكَلِّمٌ عِنْدَ الأَكْثَرِينَ،

خصال: التقوى فيما بينه وبين الله، والتواضع فيما بينه وبين الناس، والزهد فيما بينه وبين الدنيا، والمجاهدة فيما بينه وبين نفسه. والأصح أنه العالم بتصاريف الكلام، وموارد الأحكام، ومواقع المواعظ؛ لأن الرسوخ الثبوت في الشيء، وعطف على أصحاب المرفوع قوله **(لا مقرىء وأديب ومعبر وطبيب)** ومنجم وحاسب ومهندس فليسوا من علماء الشرع؛ لأن أهل العرف لا يعدّونهم منهم، وكذا العالم باللغة والصرف والمعاني والبيان والبديع والعروض والقوافي والموسيقى ونحوها، قاله في المطلب تبعاً لابن يونس، والمراد بالمقرىء التالي. أما العالم بالروايات ورجالها فكالعالم بطرق الحديث، واختاره السبكي بعد أن ردّه من حيث المذهب بأن علم القراآت يتعلق بالألفاظ دون المعاني، فالعارف به لا يدخل في اسم العلماء، وبأن التالي قارىء لا مقرىء. قال الماوردي: والمراد بالأدباء النحاة واللغويون، وقد عدّ الزمخشري الأدب اثني عشر علماً، والمراد بالمعبر مفسر المنام، والأفصح عابر؛ لأنه يقال: عبرت بالتخفيف كما قال تعالى: ﴿لِلرُّؤْيَا تَعْبُرُونَ﴾ [يوسف: ٤٣] ومنهم من أنكر التشديد، وفي الحديث: «الرُّؤْيَا لأَوَّلِ عَابِرٍ» والطبيب من يحسن علم الطب **(وكذا متكلم)** ليس منهم **(عند الأكثرين)** لما ذكر ونقله العبادي في زيادته عن النص، وقيل يدخل، وبه قال المتولي ومال إليه الرّافعي، واقتضى كلامه أن الدليل يقتضي التسوية بينه وبين المحدث والمقرىء فإما أن يتساووا في الدخول كلهم أو في الخروج، ولأجل هذا التوقف عدل المصنف عن الأصح إلى قوله: عند الأكثرين وقال: السبكي: إن أريد بعلم الكلام العلم بالله تعالى وصفاته وما يستحيل عليه ليردّ على المبتدعة وليميز بين الاعتقاد الصحيح والفاسد، فذاك من أجلّ العلوم الشرعية، والعالم به من أفضلهم، وقد جعلوه في كتاب السير من فروض الكفايات، وإن أريد به التوغل في شبهه، والخوض فيه على طريق الفلسفة، وتضييع الزمان فيه، والزيادة على ذلك أن يكون مبتدعاً وداعياً إلى ضلالة، فذاك باسم الجهل أحقّ. وأما الكلام في الإلهيات على طريقة الحكماء فذاك ليس من أصول الدين بل أكثره ضلال وفلسفة والله يعصمنا بمنه وكرمه آمين اهـ. وهذا هو القسم الذي أنكره الشافعي رضي الله تعالى عنه. وقال: لأن يلقى العبد ربه بكل ذنب ما خلا الشرك خير له من أن يلقاه بعلم الكلام. قال السبكي: وكذا الصوفية ينقسمون إلى هذين القسمين، وأطال في ذلك. ثم قال في آخر كلامه: ومن كان من هؤلاء الصوفية المتأخرين كابن عربي وابن سبعين والقطب القونوي والعفيف التلمساني، فهؤلاء ضلال جهال خارجون عن طريق الإسلام فضلاً عن العلماء. وقال ابن المقري في روضه: إن الشك في كفر طائفة ابن عربي كفر. قال شيخنا: وهم الذين ظاهر كلامهم عند غيرهم الاتحاد. قال: والحق أنهم مسلمون أخيار وكلامهم جار على اصطلاحهم كسائر الصوفية وهو حقيقة عندهم في مرادهم وإن افتقر عند

غيرهم ممن لو اعتقد ظاهره عنده كفر إلى تأويل، إذ اللفظ المصطلح عليه حقيقة في معناه الاصطلاحي مجاز في غيره، فالمعتقد منهم لمعناه معتقد لمعنى صحيح وقد نصّ على ولاية ابن عربي جماعة علماء عارفون بالله تعالى منهم الشيخ تاج الدين بن عطاء الله والشيخ عبدالله اليافعي ولا يقدح فيه وفي طائفته ظاهر كلامهم المذكور عند غير الصوفية لما قلناه، ولأنه قد يصدر عن عارف بالله تعالى إذا استغرق في بحر التوحيد والعرفان بحيث تضمحل ذاته في ذاته وصفاته في صفاته، ويغيب عن كل ما سواه عبارات تشعر بالحلول والاتحاد لقصور العبارة عن بيان حاله الذي ترقى إليه وليست في شيء منهما كما قاله العلامة السعد التفتازاني وغيره، ولو أوصى للقرّاء صرف لحفاظ كل القرآن في الأصح لا لمن لا يحفظ ويقرأ من المصحف، أو للرقاب صرف إلى المكاتبين كتابة صحيحة؛ لأنه المفهوم عن عرف الشرع فحمل عليه، وأقلّ ما يجزىء أن يدفع إلى ثلاثة ولو لم يكن في الدنيا مكاتب وقف الثلث لجواز أن يكاتب رقيق، فإن رقّ المكاتب بعد أخذه من الوصية استردّ منه المال إن كان باقياً في يده أو يد سيده، أو لسبيل الله صرف إلى الغزاة من أهل الصدقات؛ لأنه المفهوم شرعاً، وأقلّ من يصرف إليه ثلاثة، وقد تقدّم آل النبيّ ﷺ في كتاب الزكاة، فلو أوصى لآل غير النبيّ ﷺ صحت وصيته، وهل تحمل على القرابة أو على اجتهاد الحاكم وجهان أوجههما كما قال شيخي الأوّل، وأهل البيت كالآل لكن تدخل الزوجة فيهم أيضاً، ولو أوصى لأهله من غير ذكر البيت دخل كل من تلزمه نفقته، أو لآبائه دخل أجداده من الطرفين، أو لأمهاته دخلت جدّاته من الطرفين أيضاً، ولا تدخل الأخوات في الأخوة كعكسه، والأحماء آباء الزوجة، وكذا أبو زوجة كل محرم حم، والمحارم يدخل فيهم كل محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة والوصية للموالي كما في الوقف عليهم، ولا يدخل فيهم المدبر ولا أمّ الولد، ولو أوصى لليتامى أو الأرامل أو الأيامى أو العميان أو الحجاج أو الزمنى أو أهل السجون أو الغارمين أو لتكفين الموتى أو لحفر قبورهم اشترط فقرهم وإن استبعده الأذرعي في الحجاج؛ لأن الفقراء منهم هم المقصودون بالوصية، ثم إن انحصروا وجب تعميمهم وإلا جاز، واليتيم من مات أبوه قبل بلوغه. قال ابن السكيت: اليتيم في الناس من قبل الأب، وفي البهائم من قبل الأمّ. قال ابن خالويه: ومن الطير من قبلهما؛ لأنهما يحضنانه ويزقانه، والأيم والأرملة من لا زوج لها إلا أن الأرملة من بانت من زوجها بموت أو بينونة، والأيم لا يشترط فيها تقدّم زوج، ويشتركان في اشتراط الخلوّ عن الزوج حالاً، ولو أوصى للأرامل أو الأبكار أو الثيب لم يدخل فيهنّ الرجال وإن لم يكن لهم زوجات؛ لأن هذا الاسم في العرف للنساء، أو للعزاب صرف للرجل الذي لا زوجة له، ولا تدخل المرأة التي لا زوج لها على أحد رأيين يظهر ترجيحه، والقانع السائل، والمعترّ من يتعرّض للسؤال ولا يسأل، وسيأتي زيادة على ذلك في كتاب الأضحية.

فائدة: الناس غلمان وصبيان وأطفال وذراري إلى البلوغ، ثم هم بعد البلوغ شبان وفتيان

وَيَدْخُلُ في وَصِيَّـةِ الْفُقَرَاءِ المَسَاكِينُ وَعَكْسُـهُ، وَلَوْ جَمَعَهُمَـا شُرِّكَ نِصْفَيْنِ، وَأَقَـلُّ كُلِّ صِنْفٍ ثَـلاَثَةٌ، وَلَـهُ التَّفْضِيلُ، أَوْ لِزَيْدٍ وَالْفُقَرَاءِ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ في جَوَازِ إِعْطَائِهِ أَقَلَّ مُتَمَوَّلٍ لٰكِنْ لاَ يُحْـرَمُ،

إلى الثلاثين ،ثم هم بعدها كهول إلى الأربعين ،ثم هم بعدها شيوخ (**ويدخل في وصية الفقراء المساكين وعكسه**) فما وصى به لأحدهما يجوز دفعه للآخر لوقـوع اسم كل منهمـا على الآخر عنـد الانفراد في العرف، ولا يدخل الفقير المكفي بنفقة قريب أو زوج، ولا فقير غير المسلمين كالزكاة، ولكن يجوز نقلها، والفرق بينها وبين الزكاة أن الأطماع لا تمتدّ إليها امتدادها في الزكاة، إذ الزكاة مطمع نـظر الفقراء من حيث إنها موظبة دائرة بخلاف الوصية، ولهذا يجوز تقييدها بفقراء سائر البلاد (**ولـو جمعهمـا**) أي الفقراء والمسـاكين في الوصيـة (**شرك**) بضمّ أوّلـه الموصى بـه بينهما (**نصفين**) فيجعـل نصفـه للفقـراء ونصفـه للمسـاكين، فـلا يقسم ذلـك على عـدد رؤوسهم، ولا يجب استيعـابهم، بل يستحبّ عنـد الإمكان (**وأقـلّ**) ما يكفي من (**كـل صنف**) من العلماء والفقـراء والمساكين (**ثلاثة**) لأنها أقلّ الجمع، بخلاف بني زيد وبني عمـرو فإنـه يشترط استيعـابهم بأن يقسم على عـدد رؤوسهم كما أفـاده كلام الـرّوضة، فلو دفـع لاثنين من العلمـاء أو الفقـراء أو المساكين غرم للثالث أقلّ متموّل، وقيل: الثلث، ولا يصرفه له بل يسلمه للقاضي، ويصرفه له بنفسه أو يردّه إليه ليدفعه هو. قال الزركشي: وقد ذكروا فـرعاً، وهـو أنه إذا أوصى لأقـاربه ولـه قريب واحد هل يكون لـه الكل أو النصف أو الثلث خـلاف فليكن هنا نـظيره اهـ وهـو ظاهـر، والأصـح ترجيـح الأوّل كما سيـأتي. ويشترط في الفقـراء والمساكين المـوصى لهم أن يكونـوا أحراراً فلا مـدخل للممـاليك في ذلـك كما نصّ عليـه (**وله**) أي المـوصي والحاكم عنـد فقده (**التفضيـل**) بين آحاد كـل صنف بحسب الحاجـة، ولا تجب التسويـة بل يتـأكد تفضيـل الأشدّ حاجة وعيالاً، والأولى تقديم أقارب الموصي الذين لا يرثـون ثم جيرانهم ثم معارفه،هذا إذا لم يكـونوا محصـورين، فإن أوصى لفقـراء بلد وهم محصورون وجب استيعـابهم والتسويـة بينهم كتعيينهم. ويشترط قبولهم بخلاف الوصية المطلقة للفقراء، ولـو عين فقراء بلد ولا فقيـر بها لم تصح الوصية (**أو**) وصى (**لزيد والفقراء، فالمذهب أنه**) أي زيداً (**كـأحدهم في جـواز إعطائـه أقلّ متموّل**) لأنه ألحقه بهم في إضافته، وذلك يقتضي التسوية. فإن قيل: قد يكـون زيد فقيـراً فيتناوله لفظ الفقراء فلا فائدة لذكره. أجيب بأن له فائدتين: منع الإخلال به، وعدم اعتبـار فقره كما يشير إليه قولـه (**لكن**) زيد (**لا يحـرم**) بضمّ أوّله وإن كـان غنياً كمـا يحرم أحـدهم؛ لعدم وجوب استيعابهم كما مرّ لنصه عليه.

تنبيه: اعترض تعبيره بالمذهب، فإن المسـألة فيهـا سبعة أوجـه: أصحها مـا جرى عليـه المصنف، وبقية الأوجه مذكورة في المبسوطات، وقد ذكرت أكثرها في شرح التنبيه فـلا نطيـل بذكرها، هذا إذا أطلق زيد، فإن وصفه بوصفهم، كأن قال: لزيد الفقير والفقراء وكان غنياً أخذ

أَوْ لِجَمْعٍ مُعَيَّنٍ غَيْرِ مُنْحَصِرٍ كَالْعَلَوِيَّةِ صَحَّتْ فِي الأَظْهَرِ وَلَهُ الاِقْتِصَارُ عَلَى ثَلاَثَةٍ، أَوْ لِأَقَارِبِ زَيْدٍ دَخَلَ كُلُّ قَرَابَةٍ وَإِنْ بَعُدَ

نصيبه الفقراء لا وارث الموصي وإن كان فقيراً، وإن وصفه بغير وصفهم كأن قال: لزيد الكاتب والفقراء استحقّ زيد النصف أو وصى لزيد وجماعة محصورين أعطى زيد النصف واستوعب بالنصف الآخر جماعته، أو وصى لزيد بدينار وللفقراء بثلث ماله لم يعط أكثر من الدينار وإن كان فقيراً؛ لأنه قطع اجتهاد الموصى بالتقدير أو وصى لزيد وجبريل أوله والحائط أو الرّيح أو نحوها مما لا يوصف بالملك كالشيطان أعطى زيد النصف وبطلت الوصية في الباقي كما لو أوصى لابن زيد وابن عمرو وليس لعمرو ابن، ولو أضاف الحائط كأن قال: وعمارة حائط المسجد، أو حائط دار زيد صحت الوصية، وصرف النصف في عمارته، أو وصى لزيد والملائكة أو الرّياح أو الحيطان أو نحوها أعطى أقلّ متموّل كما لو أوصى لزيد والفقراء، وبطلت الوصية فيما زاد عليه، أو وصى لزيد ولله فلزيد النصف، والباقي يصرف في وجوه القرب؛ لأنها مصرف لحقوق الله تعالى، ولو أوصى بثلث ماله لله تعالى صرف في وجوه البرّ على ما ذكر، وإن لم يقل: لله تعالى صرف للمساكين، ولو أوصى لأمهات أولاده وهنّ ثلاث، وللفقراء والمساكين جعل الموصى به بينهم أثلاثاً **(أو)** وصى **(لجمع معين غير منحصر كالعلوية)** والهاشمية وبني تميم **(صحت)** هذه الوصية **(في الأظهر)** كالوصية للفقراء، والثاني: البطلان؛ لأن التعميم يقتضي الاستيعاب وهو ممتنع، بخلاف الفقراء فإن عرف الشرع خصصه بثلاثة فاتبع **(و)** على الأوّل **(له الاقتصار على ثلاثة)** كما في الفقراء.

فائدة: من خصائصه ﷺ، أن أولاد بناته ينسبون إليه، وهم الأشراف الموجودون، ومنهم الهاشميون، ونقل شيخ شيخنا لشهاب ابن حجر العسقلاني في كتابه «أبناء العمران» في سنة ثلاثة وسبعين وستمائة أمر السلطان شعبان الأشراف أن يمتازوا عن الناس بعصائب خضر على العمائم ففعل ذلك بمصر والشام وغيرهما، وفي ذلك يقول أبو عبدالله بن جابر الأندلسي رحمه الله تعالى:

جَعَلُوا لِأَبْنَاءِ الرَّسُولِ عَلاَمَةً ... إِنَّ العَلاَمَةَ شَأْنُ مَنْ لَمْ يُشْهَرِ
نُورُ النُّبُوَّةِ فِي كَرِيمِ وُجُوهِهِمْ ... يُغْنِي الشَّرِيفَ عَنِ الطِّرَازِ الأَخْضَرِ

(أو) وصى بشيء **(لأقارب زيد)** مثلاً أو رحمه **(دخل كل قرابة)** له **(وإن بعد)** مسلماً كان أو كافراً، غنياً أو فقيراً، حرّاً أو رقيقاً، ويكون نصيبه لسيده وإن لم أرَ من صرّح به كما يؤخذ من إطلاقهم، وربما يؤخذ من النص المتقدّم في الفقراء عدم دخولهم، ثم رأيت الناشري بحث في ذلك، فقال: هل يدخل العبيد في الأقارب ويصرف إلى ساداتهم؟ ينبغي أن يدخلوا إذا لم تكن السادة داخلين لا إن دخلوا؛ لئلا يتكرر الصرف للسادة بأسمائهم وأسماء عبيدهم، ثم تعقبه الكمال بن أبي شريف، فقال: وقد يتوقف في دخولهم، فيقال: ينبغي دخولهم إن لم

إِلَّا أَصْلاً وَفَرْعاً فِي الأَصَحِّ، وَلَا تَدْخُلُ قَرَابَةُ أُمٍّ فِي وَصِيَّةِ الْعَرَبِ فِي الأَصَحِّ، وَالْعِبْرَةُ بِأَقْرَبِ جَدٍّ يُنْسَبُ إِلَيْهِ زَيْدٌ، وَتُعَدُّ أَوْلَادُهُ قَبِيلَةً،

يكن له أقارب أحرار، فإن كان له أقارب أحرار لم تدخل العبيد معهم، إذ لا يقصدون بالوصية عادة اهـ، والأوجه ما جرى عليه الناشري لقولهم: أنه لا فرق بين الوارث وغيره؛ لأن هذا اللفظ يذكر لإرادة جهة القرابة، والاسم شامل للكلّ.

تنبيه: أفهم قوله كل قريب أنه يجب استيعابهم وهذا إذا انحصروا، فإن لم ينحصروا فكالوصية للعلوية ولا يختصّ هذا بالجمع حتى لو لم يكن له سوى قريبين أو قريب واحد أخذ الكل لا القسط على الأصح. فإن قيل: كيف يدخل البعيد مع أن أقارب جمع أقرب وهو أفعل تفضيل؟. أجيب بأن التسوية ثابتة بالعرف. وقد قال تعالى: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء: ٢١٤] فدخل كل قريب وبعضهم أقرب من بعض، ولظاهر قوله تعالى: ﴿لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِيْنَ﴾ [البقرة: ١٨] والعطف يقتضي التغاير، لكن قيل: إن المراد بالأقربين الأولاد، ولما نزل قوله تعالى: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الأَقْرَبِينَ﴾ [الشعراء: ٢١٤] كانت فاطمة رضي الله عنها من جملة من دعي للإنذار (**إلا أصلاً**) أي الأب والأمّ فقط (و) إلا (**فرعاً**) أي أولاد الصلب فقط فلا يدخلان في الأقارب (**في الأصح**) إذ لا يسمون أقارب عرفاً. أما الأجداد والأحفاد فيدخلون لشمول الاسم لها. والثاني: يدخلان؛ لأنهما يدخلان في الوصية لأقرب الأقارب فكيف لا يكونون من الأقارب؟. قال السبكي: وهذا أظهر بحثاً ونقلاً، وقيل: لا يدخل أحد من الأصول والفروع (**ولا تدخل قرابة أمّ**) في الوصية للأقارب (**في وصية العرب في الأصحّ**) إذا كان الموصي عربياً فإنهم لا يفتخرون بها ولا يعدّونها قرابة. والثاني: يدخل في وصية العرب كالعجم، وقوّاه في الشرحين، وصححه في الرّوضة، وجرى عليه ابن المقري فهو المعتمد كما قاله الزركشي وغيره، وما وجه به الأوّل ضعيف فإنه لا خلاف أن قرابة الأم تدخل في لفظ الرحم عند العرب والعجم جميعاً كما صرّح به الرافعي. قال السبكي: ولا شك أن الرحم هي قرابة فقد قال ﷺ في القبط: «إِنَّ لَهُمْ ذِمَّةً وَرَحِماً»(١) لأن أمّ إسمٰعيل ﷺ منهم وقد افتخر ﷺ بخاله سعد فقال: «سَعْدٌ خَالِي فَلْيُرِنِي امْرُؤٌ خَالَهُ»(٢) حسنه الترمذي وصححه الحاكم (**والعبرة**) فيما ذكر (**بأقرب جدّ ينسب إليه زيد، وتعدّ أولاده**) أي ذلك الجدّ (**قبيلة**) فيرتقي في بني الأعمام إليه ولا يعتبر من في درجته أو من فوقه فالوصية لأقارب حسني لأولاد الحسن دون أولاد من فوقه وأولاد الحسين والوصية لأقارب الشافعي في زمانه لأولاد شافع، فتقييد الروضة بزمنه ليس بقيد بل يوهم خلاف المراد؛ لأنه أقرب جدّ يعرف به الشافعي، ولا يصرف لمن

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ١٩/٦١ وأحمد في المسند ٥/١٧٤.

(٢) أخرجه الترمذي ٥/٦٤٩ (٣٧٥٢) والحاكم في المستدرك ٣/٤٩٨ وقال: على شرط الشيخين وأقره الذهبي.

وَيَدْخُلُ في أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ الأَصْلُ وَالْفَرْعُ، وَالأَصَحُّ تَقْدِيمُ ابْنٍ عَلَى أَبٍ وَأَخٍ عَلَى جدٍّ وَلَا يُرَجَّحُ بِذُكُورَةٍ وَوِرَاثَةٍ بَلْ يَسْتَوِي الأَبُ وَالأُمُّ وَالِابْنُ وَالْبِنْتُ وَيُقَدَّمُ ابْنُ الْبِنْتِ عَلَى ابْنِ ابْنِ الِابْنِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَقَارِبِ نَفْسِهِ لَمْ تَدْخُلْ وَرَثَتُهُ في الأَصَحِّ.

ينسب إلى جدّ بعد شافع كأولاد عليّ والعباس أخوي شافع؛ لأنهم إنما ينسبون إلى المطلب، ولو أوصى لأقارب بعض أولاد الشافعي في هذا الوقت دخل فيه أولاد الشافعي دون غيرهم من أولاد شافع، ولولا ذلك لأدّى ذلك إلى دخول جميع الناس فإن آدم يجمعهم، وخرج بقوله: ينسب إليه جدّ الأمّ فإنه لا ينسب إليه (**ويدخل في أقرب أقاربه**) أي الموصي (**الأصل**) من أب وأمّ (**والفرع**) من ابن وبنت، كما يدخل غيرهم عند عدمهم؛ لأن أقربهم هو المنفرد بزيادة القرابة وهم كذلك وإن لم يطلق عليهم أقارب عرفاً، والمراد دخولهم في الجملة، وأما الاستواء والتقديم فقد نبه عليه بقوله (**والأصح تقديم ابن**) وإن سفل (**على أب**) لأنه أقوى إرثاً وتعصيباً، ولو عبر كالحاوي الصغير بالفرع لتدخل البنت لكان أولى، والمعنى فيه أن الفرع جزء الموصي وجزء الشيء أقرب إليه من أصله فتقدّم الأولاد ثم أولادهم وإن نزلوا، ويستوي أولاد البنين وأولاد البنات، ثم الأبوان على من فوقهما (**وأخ**) من الجهات الثلاث (**على جدّ**) من الجهتين لقوّة البنوّة على جهة الأبوّة، وليس لنا موضع يقدّم فيه الأخ مطلقاً على الجدّ للأب إلا هنا وفي الولاء لغير الأخ للأمّ، لكن قضية التعليل إخراج الأخ للأمّ وليس مراداً. والثاني: يسوّى بينهما فيهما لاستواء الأولين في الرتبة والأخيرين في الدرجة لإدلائهما بالأب، والخلاف في الثانية قولان كما ذكر الرافعي، فلو عبر بالأظهر كما في الروضة لكان أولى، بل المرجح في الشرح الصغير أن الخلاف في الأولى أيضاً قولان، والأعمام والعمات والأخوال والخالات بعد الجدودة سواء، ثم أولادهم. قال ابن الرفعة: ويقدّم العمّ والعمة على أبي الجدّ، والخال والخالة على جدّ الأمّ وجدّتها (**ولا يرجح بذكورة ووراثة بل يستوي الأب والأمّ والابن والبنت**) والأخ والأخت كما يستوي المسلم والكافر، والأخ من الأب والأخ من الأمّ سواء. نعم يقدّم ولد الأبوين من الإخوة والأخوات والأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولادهم على ولد أحدهما، ويقدّم أخ لأب على ابن أخ لأبوين ثم هكذا يقدّم الأقرب فالأقرب درجة في الجهة كيف كان عند اتحاد الجهة وإلا فالبعيد من الجهة القريبة يقدّم على القريب من الجهة البعيدة كابن ابن الأخ وإن سفل يقدّم على العم (**ويقدّم ابن البنت على ابن ابن الابن**) لأنه أقرب منه في الدرجة، وتقدّم الجدّة من الجهتين على الجدّة من جهة كما جزم به البغوي والخوارزمي في الوقف وإن استويا في الإرث؛ لأن المأخذ ثم اسم الجدّة وهنا معنى الأقربية، ومقتضى كلام أصل الرّوضة التسوية بين البابين (**ولو أوصى لأقارب نفسه لم تدخل ورثته في الأصح**) اعتباراً بعرف الشرع لا بعموم اللفظ؛ ولأن الوارث لا يوصي له غالباً فيختص بالباقين. والثاني: وهو الأقوى في الشرح الصغير يدخلون؛ لأن اللفظ يتناولهم ثم يبطل نصيبهم، ويصح

فَصْلٌ

تَصِحُّ بِمَنَافِعِ عَبْدٍ وَدَارٍ وَغَلَّةِ حَانُوتٍ، وَيَمْلِكُ الْمُوصَى لَهُ مَنْفَعَةَ الْعَبْدِ، وَأَكْسَابَهُ الْمُعْتَادَةَ وَكَذَا مَهْرَهَا

الباقي لغير الورثة، وإذا أوصى لأقرب أقاربه فالترتيب كما مرّ، لكن لو كان الأقرب وارثاً صرف الموصى به للأقرب من غير الوارثين إذا لم يجز الوارثون الوصية بناء على أنه إذا أوصى لأقارب نفسه لم تدخل ورثته.

فَصْلٌ

في الأحكام المعنوية، وهو القسم الثاني، وذكر معه بيان ما يفعل عن الميت، وما ينفعه مبتدئاً من ذلك بالقسم الثاني، فقال (تصح) الوصية (بمنافع عبد) ونحوه من الدوابّ (ودار) ونحوها من العقارات (و) نحو (غلة حانوت) كثمرة بستان مؤقتة ومؤبدة، والإطلاق يقتضي التأبيد؛ لأنها أموال مقابلة بالأعواض، فكانت كالأعيان، وضبط الإمام المنافع بما يملك بالإجارة، وغلة عطف على منافع، وهو مشعر بمغايرتها لها. قال السبكي: والمنافع والغلة متقاربان، وكل عين فيها منفعة فقد يحصل منها شيء غير تلك المنفعة إما بفعله كالاستغلال أو بعوض عن فعل غيره، أو من عند الله تعالى، وذلك الشيء يسمى غلة، فالموصى له به يملكه من غير ملك العين، ولأن المنفعة كأجرة العبد والدار والحانوت وكسب العبد وما ينبت في الأرض كله غلة تصح الوصية به كما تصح بالمنفعة.

تنبيه: قد ذكر المصنف في أوّل الباب الوصية بالمنافع، وإنما أعادها ليرتب عليها قوله (ويملك الموصى له منفعة العبد) الموصى بها، وليست مجرّد إباحة خلافاً لأبي حنيفة، لنا أن الوصية بذلك تلزم بالقبول، بخلاف العارية فله أن يؤجر ويعير ويورث عنه ويوصي بها، ولهذا عبر المصنف بالمنفعة دون أن ينتفع، فإنه لو قال: أوصيت لك بأن تنتفع به حياتك أو بأن تسكن هذه الدار، أو بأن يخدمك هذا العبد إباحة لا تمليك فليس له الإجارة ولا الإعارة في أصح الوجهين ويفارق ما مرّ بأنه هنا عبر بالفعل وأسنده إلى المخاطب فاقتضى قصوره على مباشرته بخلافه ثمّ.

تنبيه: إطلاقه المنفعة يقتضي عدم الفرق بين المؤبدة والمقيدة وهو كذلك كما قطعا به في باب الإجارة خلافاً لما مشينا عليه هنا من أن الوصية المؤقتة إباحة فلا يؤجر (و) يملك أيضاً (أكسابه المعتادة) كاحتطاب واصطياد وأجرة حرفة ونحوها؛ لأنها إبدال المنافع الموصى بها بخلاف النادرة كالهبة واللقطة؛ لأنها لا تقصد بالوصية. وعن ابن عبد السلام أنه قال: ما زلت أستشكل ملك الرّقبة دون المنفعة. وأقول: هذا إنما ينتفع ويملك المنافع، فما الذي بقي لمالك الرقبة حتى رأيت في المنام قائلاً يقول: لو ظهر في الأرض معدن ملكه مالك الرقبة دون المنفعة اهـ، وله أيضاً عتقه وبيعه من الموصى له (وكذا مهرها) أي الأمة الموصي بمنفعتها

فِي الأَصَحِّ، لاَ وَلَدَهَا في الأَصَحِّ، بَلْ هُوَ كَالأُمِّ مَنْفَعَتُهُ لَهُ، وَرَقَبَتُهُ لِلْوَارِثِ وَلَهُ

لشخص إن زوّجت أو وطئت بشبهة مثلاً يملكه الموصى له (**في الأصح**) لأنه من فوائد الرقبة كالكسب، وهذا ما في الرّوضة وأصلها عن العراقيين والبغوي، وجزم به الأكثرون. والثاني وهو الأشبه في الرّوضة وأصلها: أن مهرها لوارث الموصي. أما أرش البكارة إذا لم نقل بالاندراج فهو للوارث؛ لأنه بدل جزء من البدن، ويحرم على الوارث وطء الأمة الموصى بمنفعتها إن كانت ممن يحبل لما فيه من خوف الهلاك بالطلق والنقصان والضعف بالولادة والحمل، بخلاف ما إذا كانت ممن لا يحبل، وقيل: يحرم مطلقاً كما في المرهونة، وفرّق الأوّل بأن الرّاهن هو الذي حجر على نفسه وبأنه متمكن من رفع العلقة بأداء الدين بخلاف الوارث فيهما، ولا بدّ على الأوّل أن لا يعطل زمن الوطء ما يستحقه الموصى له من المنفعة كما قاله الأذرعي، فإن وطيء فأولدها فالولد حر نسيب ولا حدّ عليه للشبهة، وعليه قيمته، ويشتري بها مثله لتكون قربته للوارث ومنفعته للموصى له كما لو ولدته رقيقاً وتصير أمه أمّ ولد للوارث تعتق بموته مسلوبة المنفعة، ويلزمه المهر للموصى له، وكذا يحرم وطؤها على الموصى له بمنفعتها، فلو وطئها فالولد حرّ نسيب، ولا حدّ كما جزم به في أصل الرّوضة هنا. وقال ابن الرفعة إنه الصحيح، والأسنوي: إنه أوجه مما جزم به في الوقف أنه يحدّ كما يحدّ الموقوف عليه. والفرق أن ملك الموصى له بالمنفعة أتم من ملك الموقوف بدليل أنها تورث عنه كما مرّ ولا كذلك الوقوف عليه. قال الأذرعي: وهذا كله فيما لو أوصى له بمنفعتها أبداً. أما لو أوصى له بها مدّة فالوجه وجوب الحد عليه كالمستأجر اهـ والمعتمد كما قال شيخي: أنه لا حد مطلقاً، ولو أحبلها الموصى له لم يثبت استيلادها؛ لأنه لا يملكها وعليه قيمة الولد بناء على الأصح الآتي من أن الولد المملوك ليس كالكسب ويشتري بها رقيق، ويكون مثل الأمة رقبته للوارث ومنفعته للموصي له، وقيل: القيمة للوارث، ويجوز تزويج الموصي بمنفعته ومن يزوّجه. قال في الوسيط: أما العبد فيظهر استقلال الموصى له به؛ لأن منع العقد للتضرر بتعلق الحقوق بالأكساب وهو المتضرر، وأما الأمة فيزوّجها الوارث على الأصح لملكه الرقبة لكن لا بدّ من رضا الموصى له لما فيه من تضرره اهـ وهذا الذي قاله في الأمة يأتي في العبد أيضاً فالوجه أنه لا بدّ من رضا الموصى له والوراث في الحالين كما قاله شيخي (**لا ولدها**) من نكاح أو زنا فلا يملكه الموصى له بمنفعة أمه (**في الأصح، بل هو كالأمّ منفعته له ورقبته للوارث**) لأنه جزء من الأمّ فيجري مجراها. والثاني: يملكه الموصى له كالموقوفة، وفرّق الأوّل بأن الملك في الموقوفة أقوى بدليل أنه يملك الرقبة على قول فقوي الاستتباع بخلافه هنا كذا قيل، وهو كما قال شيخنا مردود بأن الموصى له بالمنفعة أبداً. قيل فيه: إنه يملك الرقبة أيضاً حكاه الماوردي وغيره، فالأولى أن يفرق بأن الواقف أخرج العين عن ملكه بالوقف على الأصح والموصي لم يخرجها، وإنما أخرج المنفعة لكن المنفعة استتبعت العين على القول المذكور (**وله**) أي

إعْتَاقُهُ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ مُدَّةً وَكَذَا أَبَداً في الأَصَحِّ، وَبَيْعُهُ إنْ لَمْ يُؤَبَّدْ كالمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ أَبَّدَ فَالأَصَحُّ أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ لِلْمُوصَى لَهُ دُونَ غَيْرِهِ،

الوارث (إعتاقه) أي العبد الموصي بمنفعته ولو مؤبداً؛ لأنه مالك لرقبته وتبقى الوصية بحالها، ولا يرجع العتيق عليه بقيمة المنفعة؛ لأنه ملك الرقبة مسلوبة المنفعة، ولا يصح أن يكاتبه ولا أن يعتقه عن كفارته لعجزه عن الكسب. قال الزركشي: وينبغي أن يكون إجزاؤه عن النذر على الخلاف في أنه يسلك به مسلك الواجب أو الجائز اهـ ويؤخذ من ترجيح المصنف في باب النذر أن المعيب يجزىء أن هذا يجزىء أيضاً، ولو ملك هذا العتيق رقيقاً بالإرث أو الهبة أو بغير ذلك فاز بكسبه، وله أن يستعير نفسه من سيده قياساً على ما لو أجر الحرّ نفسه وسلمها ثم استعارها (**وعليه**) أي الوارث (**نفقته**) وكسوته وفطرته (**إن أوصى بمنفعته مدة**) لأنه ملكه كما إذا أجره (**وكذا**) إن أوصى بها (**أبداً في الأصح**) بأن يقول أبداً أو مدة حياة العبد أو يطلق كما مرّ، وهو متمكن من دفع الضرر عنه بإعتاقه. والثاني: أنها على الموصى له؛ لأنه مستوفي المنفعة فهو كالزوج، وعلف الدابة كنفقة الرقيق. وأما سقي البستان الموصي بثمره، فإن تراضيا عليه أو تبرّع به أحدهما فظاهر وليس للآخر منعه، وإن تنازعا لم يجبر واحد منهما، بخلاف النفقة لحرمة الروح (**و**) للوارث (**بيعه**) أي الموصي بمنفعته للموصى له قطعاً ولغيره على الراجح (**إن لم يؤبد**) الموصي بمنفعته (**كالمستأجر**) والجامع استحقاق المنفعة مدّة مؤقتة، ويؤخذ من ذلك أن المدة لا بدّ أن تكون معينة. أما إذا كانت مجهولة كحياة زيد فيتعين القطع بالبطلان كما في المطلب (**وإن أبد**) الموصي المنفعة أو كانت مجهولة (**فالأصح أنه يصح بيعه للموصى له**) لاجتماع الرقبة والمنفعة له (**دون غيره**) إذ لا فائدة لغيره فيه: أي فائد ظاهرة تقصد بالبيع، ولا عبرة باحتمال أنه قد يجد كنزاً أو نحوه. والثاني: يصح مطلقاً لكمال الرقبة فيه. والثالث: لا يصح مطلقاً لاستغراق المنفعة بحق الغير - أي في الأولى ولجهل المدّة في الثانية، وعلى الأوّل لو اجتمعا على بيعه فالقياس كما قاله الزركشي الصحة، ولو أراد صاحب المنفعة بيعها قال الزركشي: فقياس ما سبق الصحة من الوارث دون غيره، وجزم به الدارمي، والظاهر كما قال شيخي الصحة مطلقاً؛ لأن علة المنع المتقدّمة لا تأتي هنا، وسيأتي تصوير بيع المنفعة، ولو قتل الموصي بمنفعته قتلاً يوجب القصاص فاقتصّ الوارث من قاتله انتهت الوصية كما لو مات أو انهدمت الدار وبطلت منفعتها، فإن وجب مال بعفو على القصاص أو بجناية توجبه اشترى به مثل الموصي بمنفعته، ولو كانت الجناية من الوارث أو الموصى له، ولو قطع طرفه فالأرش للوارث؛ لأن الموصي به باق منتفع به، ومقادير المنفعة لا تنضبط، ولأن الأرش بدل بعض العين، وإن جنى عمداً اقتصّ منه أو خطأ أو شبه عمد أو عفا على مال تعلق برقبته وبيع في الجناية إن لم يفدياه، فإن زاد الثمن على الأرش اشترى بالزائد مثله، وإن فدياه أو أحدهما أو غيرهما عاد كما كان، وإن فدى أحدهما نصيبه فقط بيع في الجناية نصيب الآخر. فإن قيل: إذا فديت الرقبة كيف تباع المنافع وحدها؟ أجيب بأن بيعها وحدها معقول فقد قالوا به في بيع

وَأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْعَبْدِ كُلُّهَا مِنَ الثُّلُثِ إِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ أَبَداً، وَإِنْ أَوْصَى بِهَا مُدَّةً قُوِّمَ بِمَنْفَعَتِهِ ثُمَّ مَسْلُوبَهَا تِلْكَ الْمُدَّةَ، وَيُحْسَبُ النَّاقِصُ مِنَ الثُّلُثِ، وَتَصِحُّ بِحَجِّ تَطَوُّعٍ فِي الأَظْهَرِ،

حق البناء على السطح ونحوه بأنها تباع وحدها بالإجارة (و) الأصح أيضاً (**أنه تعتبر قيمة العبد كلها**) رقبته ومنفعته (**من الثلث إن أوصى بمنفعته أبداً**) ولو بحياة الموصى له لتفويت اليد كما لو باع بثمن مؤجل، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها، ولأن مدة عمره غير معلومة فتعين تقويم الرقبة بمنافعها. ويؤخذ من ذلك أن المدة المجهولة كذلك. والثاني: وخرّجه ابن سريج: أنه يعتبر ما نقص من قيمته، إذ لا بد أن يبقى له قيمة طمعاً في إعتاقه، مثاله أوصى بمنفعة عبد قيمته بمنافعه مائة وبدونها عشرة، فالمعتبر من الثلث على الأوّل المائة لا التسعون، فيعتبر في نفوذ الوصية أن يكون له مائتان، والمعتبر على الثاني تسعون فقط، فيشترط أن يبقى للورثة ضعف التسعين، وعلى الأوّل لو أوصى برقبته دون منفعته لم يحسب العبد من الثلث لجعلنا الرّقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة (**وإن أوصى بها**) أي منفعة العبد (**مدّة**) معلومة (**قوّم بمنفعته ثم**) قوّم (**مسلوبها تلك المدّة، ويحسب الناقص من الثلث**) لأن الحيلولة معرضة للزوال، فلو قوّم بمنفعته بمائة وبدونها تلك المدة بثمانين فالوصية بعشرين، ولو أوصى ببعض المنفعة. قال ابن الصلاح: ينبغي أن يقوّم الموصى به دون العين؛ لأنه لم يوص له بجميع منافعها، ولو أوصى لزيد بمنفعة عبد ولآخر برقبته فردّ الموصى له بالمنفعة الوصية عادت إلى الوارث كما اختاره السبكي.

تنبيه: ذكر المصنف العبد مثال، فإن منفعة الدار وثمرة البستان كذلك، ولو انهدمت الدار الموصي بمنافعها فأعادها الوارث بآلتها عاد حق الموصى له كما صححه المصنف، ولو غصب الموصي بمنافعه فأجرته عن مدة الغصب للموصى له لا للوارث، بخلاف نظيره في المؤجر؛ لأنها هنا بدل حقه بخلافها ثمّ، فإن الإجارة تنفسخ في تلك المدة فتعود المنافع إلى مالك الرّقبة (**وتصح**) الوصية (**بحجّ**) وعمرة (**تطوّع في الأظهر**) بناء على الأظهر من جواز النيابة فيه؛ لأنها عبادة تدخل النيابة في فرضها فتدخل في نفلها كأداء الزكاة، فإن قيل: قد نقض هذا في المجموع بالصوم فإنه لا نيابة في نفله قطعاً. أجيب بأن النيابة تصحّ في فرض الزكاة وفرض الحجّ في الحياة بشرطه وبعد الممات، وهو المراد فصحت النيابة في نفلهما. وأما فرض الصوم فلم تصحّ النيابة فيه في الحياة بحال فلم تقع المشابهة بينه وبينهما فلا ينقض به ذلك. فإن قيل: ذكروا هنا في الصوم عن المريض المأيوس وجهين من غير ترجيح. قال الرافعي: تشبيهاً بالحج، وقضيته الجواز فلا يصحّ الجواب المذكور. أجيب بأنهم صرّحوا في باب الصوم بأنه لا يصح الصوم عن حيّ بلا خلاف معذوراً كان أو غيره، ولا يلزم من التشبيه الاتحاد في الترجيح. قال الزركشي: ويجيء الخلاف في حجّ الوارث أو الأجنبيّ عمن مات ولم يجب

وَيُحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ أَوِ الْمِيقَاتِ كَمَا قَيَّدَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَمِنَ الْمِيقَاتِ فِي الأَصَحِّ، وَحَجَّةُ الْإِسْلَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَإِنْ أَوْصَى بِهَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوِ الثُّلُثِ عُمِلَ بِهِ،

عليه الحجّ لفقد الاستطاعة، ومنهم من قطع بالصحة؛ لأنه يقع عن الواجب فيها، ولهذا لو تكلف في الحياة وقع عن فرضه اهـ والقطع أظهر، والثاني: المنع؛ لأن الضرورة في الفرض منتفية في التطوّع، وعلى الأوّل تحسب من الثلث فتبطل إن عجز الثلث أو ما يخصّ الحجّ منه عن أجرة الحجّ، ويرجع للوارث كما قاله القاضي حسين في باب الحج، وفرق بينه وبين ما لو أوصى بالعتق ولم يفِ ثلثه بجميع ثمن الرقبة حيث يعتق بقدره على وجه بأن عتق البعض قربة كالكل والحج لا يتبعض. ثم شرع فيما يفعل عن الميت فقال (**ويحج**) بضم أوّله (**من بلده أو الميقات كما قيد**) عملاً بوصيته، هذا إن وسعه الثلث وإلا فمن حيث أمكن، نصّ عليه في عيون المسائل (**وإن**) لم يقيد بل (**أطلق**) الحج (**فمن الميقات**) يحج عنه (**في الأصح**) حملاً على أقلّ الدرجات. والثاني: من بلده؛ لأن الغالب التجهيز للحج منه، وأجاب الأوّل بأن هذا ليس بغالب.

تنبيه: هذا إذا قال: حجوا عني من ثلثي، فإن قال: حجوا عني بثلثي فعل ما يمكن به ذلك من حجتين فأكثر، فإن فضل ما لا يمكن أن يحج به كان للوارث كما مرّ (**وحجة الإسلام**) وإن لم يوص بها تحسب على المشهور (**من رأس المال**) كسائر الديون وأولى، وكذا كل واجب بأصل الشرع كالعمرة، والزكاة، والكفارة، سواء أوصى به في الصحة أم في المرض، وحجة النذر كحجة الإسلام على الأصح كذا قالاه. قال ابن الرفعة: ومحله إذا التزمه في الصحة، فإن التزمه في المرض فمن الثلث قطعاً، قاله الفوراني ونقله البلقيني عن الإمام وقال: ينبغي الفتوى به (**فإن أوصى بها من رأس المال أو**) من (**الثلث عمل به**) وهو في الأولى تأكيد؛ لأنه المعتبر بدونها وفي الثانية قصد الرفق بالورثة لتوفير الثلثين فتزاحم الوصايا، بخلاف ما لو أوصى بعتق أم الولد من الثلث فإنها تعتق من رأس المال؛ لأن الاستيلاد إتلاف فلم تؤثر فيه الوصية، فإن لم يفِ الثلث بما ذكر لم يقدّم الحج بل يوزع عليها وعلى الحج بالحصة ويكمل الواجب من رأس المال كما لو قال: أقضوا ديني من ثلثي فلم يف الثلث به، وحينئذ تدور المسألة لتوقف معرفة ما تتمّ به على معرفة ثلث الباقي، وطريق استخراجه فيما لو أوصى بحجة الإسلام من الثلث والأجرة لها مائة وأوصى لزيد بمائة والتركة ثلاثمائة أن يفرض ما يتمّ به الحج شيئاً يبقى ثلاثمائة إلا شيئاً أنزع منها ثلثها وهو مائة إلا ثلث شيء أقسمه بين الحج وزيد نصفين، فنصيب الحج خمسون إلا سدس شيء فيضم إلى ذلك الشيء مبلغ خمسين وخمسة أسداس تعدل مائة وذلك تمام الأجرة فأسقط خمسين بخمسين يبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسين، وإذا كان خمسة أسداس الشيء خمسين كان الشيء ستين فانزع الستين من رأس المال، ثم خذ ثلث الباقي وهو ثمانون اقسمه بين الوصيتين يحصل لصاحب

وَإِنْ أَطْلَقَ الْوَصِيَّةَ بِهَا فَمِنْ رَأْسِ المَالِ، وَقِيلَ مِنَ الثُّلُثِ وَيُحَجُّ مِنَ الْمِيْقَاتِ، وَلِلأَجْنَبِيِّ أَنْ يَحُجَّ عَنِ المَيِّتِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ في الأَصَحِّ،

الوصية أربعون وللحج أربعون فهي مع الستين اللاتي نزعتها من رأس المال تمام أجرة الحج **(وإن أطلق الوصية بها)** أي بحجة الإسلام بأن لم يقيدها برأس مال ولا ثلث **(فمن رأس المال)** كما لو لم يوص وتحمل الوصية بها على التأكيد والتذكار بها **(وقيل من الثلث)** لأنه مصرف الوصايا فيحمل ذكر الوصية عليه، وقوله **(ويحج)** عنه **(من الميقات)** لبلده مفرع على القولين لكن على الأوّل جزماً وعلى الثاني على الأصح؛ لأنه لو كان حياً لم يلزمه سواه، ولا يخرج من ماله إلا ما كان مستحقاً عليه، فإن أوصى أن يحج عنه من دويرة أهله امتثل. نعم إن أوصى بذلك من الثلث وعجز عنه فمن حيث أمكن، ولو قال: أحجوا عني زيداً بخمسين ديناراً مثلاً لم يجز أن ينقص منها شيء مع خروجها من الثلث وإن وجد من يحج بدونها، فإن لم تخرج من الثلث فمقدار أجرة حجة من الميقات من رأس المال، والزائد معتبر من الثلث كسائر التبرعات. قال ابن شهبة: وينبغي أن يتفطن لذلك فإنه يقع كثيراً. وإن لم يعين أحداً فوجد من يحج بأقلّ من ذلك صرف إليه ذلك القدر إذا خرج من الثلث وكان الباقي للورثة كما أفتى به ابن عبد السلام. وقيل: يجب صرف الجميع ورجحه الأذرعي، ولو قال: أحجوا عني زيداً بكذا ولم يعين سنة، فامتنع زيد من حج عام الوصية هل يؤخر الحج لأجله أو يستأجر غيره في عام الوصية والحج حجة الإسلام؟ لا نقل في ذلك. قال الأذرعي: ويظهر أنه إن كان قد تمكن من الحج في حياته وأخر تهاوناً حتى مات لا تؤخر عن عامها؛ لأنه مات عاصياً بالتأخير على الأصح، فيجب أن يكون الإحجاج عنه على الفور قطعاً وإن لم يكن استقرّ عليه في حياته ولا تمكن أخره المعين إلى اليأس من حجه عنه؛ لأنها كالتطوّع. قال: وفيه احتمال لما في التأخير من التغرير اهـ وهذا أظهر، ولو امتنع المعين من الحج عنه أحج غيره بأجرة المثل أو أقلّ إن كان الموصي به حجة الإسلام، وإن كان تطوّعاً فهل تبطل الوصية؟ فيه وجهان أصحهما لا تبطل **(وللأجنبي أن يحج)** حجة الإسلام وكذا عمرته وحجة النذر وعمرته **(عن الميت)** من مال نفسه وإن لم تجب عليه حجة الإسلام وعمرته قبل موته لعدم استطاعته **(بغير إذنه في الأصح)** كقضاء الدين. والثاني: لا بدّ من إذنه للافتقار إلى النية، وصححه المصنف في نظيره من الصوم في كتاب الصيام، وفرّق الأوّل بأن للصوم بدلاً وهو الإمداد.

تنبيه: قوله: بغير إذنه ظاهره إذن الميت قبل وفاته، وهو ظاهر إذا كان إذنه في حال جواز الاستنابة. وقال ابن الملقن بعد قول المصنف بغير إذنه: أو بغير إذن الوارث كذا صوّراها في الروضة وأصلها وهو صحيح أيضاً فإنه إذا أذن الوارث صحّ قطعاً. قال الأذرعي: وحينئذ فينبغي أن يقال بغير إذن ليشمل إذنه وإذن الوارث والحاكم حيث لا وارث أو كان الوارث الخاص طفلاً ونحوه اهـ وإذا عين الميت شخصاً تعين وارثاً كان أو غيره، وقوله: للأجنبي قد يفهم أن

وَيُـؤَدِّي الْـوَارِثُ عَنْـهُ الْـوَاجِبُ المَالِيَّ في كَفَّارَةٍ مُرَتَّبَةٍ، وَيُطْعِمُ وَيَكْسُو في المُخَيَّرَةِ، والأَصَحُّ أَنَّهُ يَعْتِقُ أَيْضاً، وَأَنَّ لَـهُ الأَدَاءَ مِنْ مَالِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ تَـرِكَةٌ،

للقريب أن يحج عنه جزماً وإن لم يكن وارثاً، ويؤيـده ما سبق في الصـوم عنه، لكن قيـده في الشرح والروضة بالوارث وهو المعتمد، وفي معنى الوارث الـوصي كما قـاله الـدارمي والسيد، فلو كان على العبد حجة نذر ومات ولم يوص بها فوجهان، فإن جوّزنا فحـج السيد عنـه أو غيره بإذن السيد صحّ، أو بغير إذنه فوجهـان حكاهمـا الرويـاني عن والده وقـال: إنهما مبنيـان على الوجهين هنا. أما حج التطوّع فقال العراقيون: إن لم يـوص به لم يصـح عنه، ونقـل المصنف في المجمـوع في كتاب الحـج الاتفاق عليـه مع حكـايته هنـا تبعـاً للرافعي عن السـرخسي أن للوارث الاستنـابـة، وأن الأجنبي لا يستقـل بـه على الأصـح، ومـا ذكـر في كتـاب الحـج هـو المعتمد، وجرى عليه ابن المقري في روضه هنا، وعبارته مع الشرح: ولو حج عنـه الوارث أو الأجنبي تطوّعاً بلا وصية لم يصح لعدم وجوبه على الميت، وفي كلام الشارح ما يوهم اعتمـاد الثاني، ويجوز أن يكون أجير المتطوّع عبداً أو صبياً بخلاف حجة الإسلام، وفي النـذر خلاف مبنيّ على ماذا يسلك به، وقد مرّ الكلام على ذلك في كتاب الحج، ويجـوز للأجنبي أن يؤدّي عن الميت زكاة الفطر وزكاة المال على الأصح المنصوص كما قالاه في الـروضة وأصلهـا وهل يثاب الميت عليه؟ قال القاضي أبو الطيب: إن كان قد امتنـع بلا عـذر له في التـأخير لم يثب وإلا أثيب (**ويؤدّي الوارث عنه**) أي الميت من التـركة (**الـواجب المالي**) كعتق وإطعـام وكسوة (**في كفـارة مرتبـة**) وهي كفارة وقـاع رمضان والـظهار والقتـل ويكون الـولاء للميت في العتق، وخرج بالمالي البدني كالصوم وقد مرّ الكلام عليه في بـابه (**ويـطعم ويكسو**) الـوارث أيضاً من التـركـة (**في**) الكفـارة (**المخيـرة**) وهي كفـارة اليمين، ونـذر اللجـاج، وتحـريم عين الأمـة أو الـزوجة، والـواو في ويكسـو بمعنى أو (**والأصـح أنـه**) أي الـوارث (**يعتق أيضـاً**) في المخيـرة كالمرتبة؛ لأنه نائبه شرعاً فاعتاقه كإعتاقه. والثاني: قال: لا ضرورة هنا إلى العتق.

تنبيه: أطلق المصنف التخيير هنا بين الثلاث، والواجب عليه كما قال الرافعي في كتاب الأيمان أقلها قيمة (**و**) الأصح (**أن له**) أي الوارث (**الأداء من ماله إذا لم تكن تركة**) سواء العتق وغيره كقضاء الدين. والثاني: لا لبعد العبادة عن النيـابة. والثـالث: يمنع الإعتـاق فقط لتعذر إثبات الولاء للميت.

تنبيه: قوله: إذا لم تكن تركة قد يفهم منه منعه عند وجود التركة، وفي كـلام الرافعي مـا يوافقه بحثاً فإنه قال: يشبه أنه قـال: كالأجنبي ونـازعه السبكي فيـه، وقال: الـذي يظهـر جواز الأداء من ماله مع وجود تركته، قال: ثم رأيت في البيان مـا يوافقـه، وقال البلقيني: مـا اقتضاه مفهوم كلام الكتاب وغيره من المنع عند وجود تركة بعيد من النـظر، لأن للوارث إمساك التـركة وقضاء حقّ الآدمي المبني على المضايقة من غيرها فحق الله تعالى أولى اهـ وهو ظاهـر، ولعلّ

وَأَنَّـهُ يَقَعُ عَنْـهُ لَوْ تَبَـرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِطَعَـامٍ أَوْ كِسْوَةٍ، لَا إِعْتَاقٍ فِي الأَصَحِّ، وَتَنْفَعُ المَيِّتَ صَدَقَةٌ وَدُعَاءٌ مِنْ وَارِثٍ وَأَجْنَبِيٍّ.

تقييد المصنف لإثبات الخلاف لا للمنع (و) الأصح (أنه) أي كـلا من الإطعام والكسـوة **(يقع عنه)** أي الميت **(لو تبرّع أجنبي)** هو غير الوارث عنه **(بطعام أو كسوة)** كقضاء دينه. والثاني: لا لبعد العبادة عن النيابة **(لا إعتاق)** تبرّع به أجنبي عن الميت فلا يقع عنه **(في الأصح)** لاجتماع بعـد العبادة عن النيـابة وبعـد الولاء للميت. والثـاني: يقع عنـه كغيـره، وهـذا التصحيـح في المخيرة والمرتبة أخذا من الإطلاق، ولا ينافي ذلك كما قال الشارح ما في الرّوضة كأصلهـا في كتاب الأيمان من تصحيح الوقوع في المرتبة بناء على تعليل المنع في المخيرة بسهولـة التكفير بغير إعتاق؛ لأنه مبني على مرجوح فالمعتمد ما هنـا وإن خالف في ذلـك الإسنوي وغيـره، ولو مات وعليه دين ولا تركة فأدّاه الوارث من ماله وجب على المستحق القبول، بخلاف ما إذا تبرّع به أجنبي؛ لأن الوارث قائم مقام مورثه. ثم شرع فيما ينفع الميت فقـال **(وتنفع الميت صدقة)** عنه، ووقف، وبناء مسجد، وحفر بئر ونحو ذلك **(ودعاء)** لـه **(من وارث وأجنبي)** كما ينفعـه ما فعله من ذلك في حياتـه، وللإجمـاع والأخبار الصحيحـة في بعضها كخبـر: «إِذَا مَاتَ ٱبْنُ آدَمَ ٱنْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَـارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَـعُ بِهِ، أَوْ وَلَـدٍ صَالِـحٍ يَدْعُـو لَهُ» وخبـر سعـد بن عبادة: قـال: يا رسـول الله، إن أمي ماتت أفـأتصـدّق عنهـا؟ قـال: نَعَمْ، قـال: أيّ الصدقة أفضل؟ قال: سَقْيُ المَاءِ» رواهما مسلم وغيره. وروى الإمام أحمد بإسنـاد صحيح عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ. قال: «إِنَّ اللَّهَ يرْفَعُ الدَّرَجَةَ لِلْعَبْدِ فِي الْجَنَّةِ، فَيَقُولُ يَا رَبِّ أَنَّى لِي هَذَا؟ فَيُقَالُ: بِإِسْقَاءِ وَلَدِكَ لَكَ» وقـال تعالى: ﴿وَالَّـذِينَ جَاؤُوا مِنْ بَعْـدِهِمْ يَقُولُـونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بالإِيمَانِ﴾ [الحشـر: ١٠] أثنى عليهم بالـدعاء للسـابقين. وأمـا قولـه تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِـلإِنْسَانِ إِلَّا مَـا سَعَى﴾ [النجم: ٣٩] فعام مخصـوص بذلـك. وقيل: منسوخ به، وكما ينتفع الميت بذلـك ينتفع بـه المتصدّق. ولا ينقص من أجـر المتصدق شيء؛ ولهذا يستحب له أن ينوي بصدقته عن أبويه.

تنبيه: كلام المصنف قد يفهم أنه لا ينفعه ثواب غير ذلك كالصلاة عنـه قضاء أو غيـرها، وقراءة القرآن، وها هو المشهور عندنـا، ونقله المصنف في شرح مسلم والفتـاوى عن الشافعي رضي الله عنه والأكثرين، واستثنى صاحب التلخيص من الصلاة ركعتي الطواف، وقال: يـأتي بهما الأجير عن المحجوج عنه تبعاً للطواف وصححاه، وقال ابن عبد السلام في بعض فتاويه: لا يجوز أن يجعل ثواب القراءة للميت؛ لأنـه تصرف في الثـواب من غير إذن الشـارع. وحكى القرطبي في التذكرة أنه رؤي في المنام بعد وفاته فسئل عن ذلك: فقـال: كنت أقول ذلـك في الـدنيـا، والآن بـان لي أن ثـواب القـراءة يصـل إلى الميت. وحكى المصنف في شـرح مسلم والأذكار وجهاً أن ثـواب القراءة يصـل إلى الميت كمذهب الأئمـة الثلاثـة، واختاره جمـاعة من الأصحاب منهم ابن الصلاح، والمحب الطبري، وابن أبي الدم، وصاحب الذخائر، وابن أبي

عصرون، وعليه عمل الناس، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وقال السبكي: والذي دل عليه الخبر بالاستنباط أن بعض القرآن إذا قصد به نفع الميت وتخفيف ما هو فيه نفعه، إذ ثبت أن الفاتحة لما قصد بها القارىء نفع الملدوغ نفعته، وأقرّه النبي ﷺ بقوله: «وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ»[١] وإذا نفعت الحي بالقصد كان نفع الميت بها أولى اهـ وقد جوّز القاضي حسين الاستئجار على قراءة القرآن عند الميت، وقال ابن الصلاح، وينبغي أن يقول: اللهم أوصل ثواب ما قرأنا لفلان فيجعله دعاه، ولا يختلف في ذلك القريب والبعيد، وينبغي الجزم بنفع هذا؛ لأنه إذا نفع الدعاء وجاز بما ليس للداعي فلأن يجوز بما له أولى، وهذا لا يختص بالقراءة بل يجري في سائر الأعمال، وكان الشيخ برهان الدين الفزاري ينكر قولهم: اللهم أوصل ثواب ما تلوته إلى فلان خاصة وإلى المسلمين عامة، قال الزركشي: والظاهر خلاف ما قاله فإن الثواب قد يتفاوت فاعلاه ما خص زيداً، وأدناه ما كان عاماً، والله تعالى يتصرف فيما يعطيه من الثواب بما يشاء، وقد أشار الروياني في أول الحلية إلى هذا، فقال: صلاة الله تعالى على نبينا محمد ﷺ خاصة، وعلى النبيين عامة اهـ وأما ثواب القراءة إلى سيدنا رسول الله ﷺ فمنع الشيخ تاج الدين الفزاري منه وعلله بأنه لا يتجرأ على الجناب الرفيع إلا بما أذن فيه، ولم يأذن إلا في الصلاة عليه ﷺ وسؤال الوسيلة، قال الزركشي: ولهذا اختلفوا في جواز الدعاء له بالرحمة، وإن كانت بمعنى الصلاة لما في الصلاة من معنى التعظيم بخلاف الرحمة المجرّدة، وجوّزه بعضهم واختاره السبكي واحتج بأن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما كان يعتمر عن النبي ﷺ عمراً بعد موته من غير وصية. وحكى الغزالي في الإحياء عن علي بن الموفق. وكان من طبقة الجنيد أنه حج عن النبي ﷺ حججاً، وعدها الفقاعي ستين حجة، وعن محمد بن إسحاق السراج النيسابوري أنه ختم عن النبي ﷺ أكثر من عشرة آلاف ختمة وضحى عنه مثل ذلك اهـ ولكن هؤلاء أئمة مجتهدون فإن مذهب الشافعي أن التضحية عن الغير بغير إذنه لا تجوز كما صرح به المصنف في باب الأضحية، وعبارته هناك: ولا تضحية عن الغير بغير إذنه، ولا عن الميت إذا لم يوص بها، واعلم أنه قد تقدم أن المصنف أسقط القسم الثالث من أقسام الوصية وهو ما يتعلق بالحساب، ولا بأس بذكر طرق منه فنقول: لو أوصى لزيد بمثل نصيب ابنه الحائز، وأجاز الوصية أعطى النصف لاقتضائها أن يكون لكل منهما نصيب، وأن يكون النصيبان مثلين، وإن ردت الوصية ردت إلى الثلث، وإن أوصى له بنصيب كنصيب أحد أبنائه وله ابنان، فهو كابن آخر معهم، فلو كانوا ثلاثة كانت الوصية بالربع. وهكذا، وضابطه أن تصحح الفريضة بدون الوصية، وتزيد فيها مثل نصيب الموصي بمثل نصيبه، فإن كان له بنت وأوصى بمثل نصيبها فالوصية بالثلث فإن الفريضة من اثنين لو لم تكن وصية فيزاد عليهما سهم للموصى له أو كان له بنتان فأوصى بمثل نصيب إحداهما فالوصية بالربع؛ لأن الفريضة كانت من ثلاثة لولا الوصية لكل واحدة منهما سهم فتزيد للموصى له سهماً تبلغ أربعة، وإن أوصى

---

(١) أخرجه الترمذي (٢٠٦٤) وأحمد في المسند ٣/٢ والبيهقي في السنن ١٢٤/٦ والطحاوي في معاني الآثار ١٢٧/٤.

فَصْلٌ

لَهُ الرُّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ وَعَنْ بَعْضِهَا بِقَوْلِهِ: نَقَضْتُ الْوَصِيَّةَ أَوْ أَبْطَلْتُهَا أَوْ رَجَعْتُ فِيهَا أَوْ فَسَخْتُهَا أَوْ هٰذَا لِوَارِثِي

بمثل نصيب بنت وله ثلاث بنات، فالوصية بسهمين من أحد عشر؛ لأنها من تسعة لولا الوصية فتزيدهما على التسعة تبلغ أحد عشر، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له وارث بطلت وصيته إذ لا نصيب للابن بخلاف ما لو أوصى بمثل نصيب ابن ولا ابن له تصح الوصية كما في الكافي، وكأنه قال بمثل نصيب ابن لي لو كان، ولو أوصى وله ثلاثة بنين بمثل نصيب بنت لو كانت فالوصية بالثمن؛ لأنها من سبعة، لولا الوصية، ونصيب البنت منها سهم فتزيد على السبعة واحداً تبلغ ثمانية، وإن أوصى لزيد بمثل نصيب أحد أولاده أو ورثته أعطى كأقلهم نصيباً؛ لأنه المتيقن فزد على مسألتهم لولا الوصية مثل سهم أقلهم، فلو كان له ابن وبنت فالوصية بالربع فيقسم المال كما يقسم بين ابن وبنتين، ولو أوصى بنصيب من ماله أو بجزء أو حظ أو قسط أو بشيء قليل أو كثير أو عظيم أو سهم أو نحو ذلك رجع إلى الوارث في تفسيره، ويقبل تفسيره بأقل متموّل كما في الإقرار، فإن ادعى الموصى له زيادة حلف الوارث أنه لا يعلم إرادتها، ولو أوصى بالثلث إلا شيئاً قبل تفسيره بأقل متموّل، وحمل الشيء المستثنى على الأكثر ليقع التفسير بالأقل، وإن قال أعطوه من واحد إلى عشرة أو واحداً في عشرة فكما في الإقرار أو أعطوه أكثر مالي أو معظمه أو عامته، فالوصية بما فوق النصف؛ لأن اللفظ ظاهر فيه، وإن قال: أعطوه زُهَاء ألف بضم الزاي والمد فبما فوق نصفه، فإن قيل: معنى زهاء ألف لغة قدره فينبغي أن يلزمه ألف. أجيب بأن معناه قدره تقريباً لا تحديداً من زهوته بكذا أي حزرته حكاه الصغاني قلبت الواو همزة لتطرفها أثر ألف زائدة كما في كساء أو أعطوه دراهم أو دنانير حمل على ثلاثة؛ لأنها أقل الجمع من غالب البلد فإن لم يكن غالب نقد فسره الوارث. وفي هذا القدر كفاية لأولي الألباب، فإن الحساب فن طويل ولذا جعلوه علماً برأسه، وأفردوه بالتصنيف فالحوالة على مصنفاته.

فَصْلٌ

في الرجوع عن الوصية (**له**) أي الموصي (**الرجوع عن الوصية**) أي عن التبرع المتعلق بالموت بالإجماع كما حكاه الأستاذ أبو منصور، ولأنه عطية لم يزل عنها ملك معطيها فأشبهت الهبة قبل القبض (**وعن بعضها**) كمن أوصى بشيء ثم رجع عن بعضه، لما روى البيهقي عن عمر رضي الله عنه، يغير الرجل من وصيته ما شاء. أما المنجز في المرض فلا يجوز الرجوع عنه، وإن كان يعتبر من الثلث إلا فيما لفرعه كالهبة، ويحصل الرجوع بالقول بأمور: منها ما أشار إليه المصنف (**بقوله**) أي الموصي (**نقضت الوصية أو أبطلتها**) أو رفعتها أو رددتها (**أو رجعت فيها أو فسختها**) أو أزلتها، ونحو ذلك من الصرائح، وكذا لو قال: هو حرام على الموصى له على المذهب (**أو هذا لوارثي**) بعد موتي مشيراً إلى الموصى به أو هو ميراث عني؛

وَبِبَيْعٍ وَإِعْتَاقٍ وَإِصْدَاقٍ وَكَذَا هِبَةٍ أَوْ رَهْنٍ مَعَ قَبْضٍ وَكَذَا دُونَهُ في الأَصَحِّ وَبِوَصِيَّةٍ بِهٰذِهِ التَّصَرُّفَاتِ، وَكَذَا تَوْكِيلٍ في بَيْعِهِ وَعَرْضِهِ عَلَيْهِ في الأَصَحِّ،

لأنه لا يكون لوارثه إلا إذا انقطع تعلق الموصى له عنه. فإن قيل: يجوز أن يقال ببطلان نصف الوصية حملاً على التشريك بين الوارث والموصى له كما سيأتي فيما لو أوصى بشيء لزيد ثم أوصى به لعمرو أن الوصية الثانية تشريك. أجيب بأنها إنما كانت تشريكاً ثم لمشاركتها الأولى في التبرع بخلاف ما هنا المعتضد بقوّة الإرث الثابت قهراً وبأن قوله: هذا لوارثي بعد موتي مفهوم صفة أي لا لغيره. وأما قوله: هو لعمرو بعد قوله هو لزيد فمفهوم لقب والصحيح أنه ليس بحجة، فلذلك قيل فيه بالتشريك دون تلك، ولو قال: هو تركتي لم يكن رجوعاً؛ لأن الوصية من التركة، ولو سئل عن الوصية فأنكرها قال الرافعي: فهو على ما مر في جحد الوكالة ـ أي فيفرق فيه بين أن يكون لغرض فلا يكون رجوعاً أولا لغرض فيكون رجوعاً ـ وهذا هو المعتمد، ووقع في أصل الروضة هنا أنه رجوع، وفي التدبير أنه ليس برجوع، ويمكن حمل ذلك على ما مر (و) يحصل الرجوع أيضاً عن الوصية لا بصيغة رجوع بل بتصرف الموصي فيها (ببيع) وإن حصل بعده فسخ ولو بخيار المجلس (و) نحو (**إعتاق وإصداق**) من التصرفات الناجزة اللازمة في الحياة بالإجماع كما نقله ابن المنذر؛ لأنه يدل على الإعراض عن الوصية، وتنفذ هذه التصرفات، ولا تعود الوصية لو عاد الملك. قال الزركشي: ولا يجيء فيه الخلاف في نظيره من الفلس والهبة للولد؛ لأن للبائع والوالد حقاً ليس للمشتري والوالد إبطاله. وأما الموصي فله إبطال الوصية (**وكذا هبة أو رهن مع قبض**) في كل منهما رجوع جزماً لزوال الملك في الأولى وتعريضه للبيع في الثانية، ولكن في الرهن وجه أنه ليس برجوع؛ لأنه لا يزيل الملك (**وكذا دونه**) أي يكون ذلك رجوعاً من غير قبض فيهما (**في الأصحّ**) لأنه عرضة لزوال الملك، وذلك يدل على الإعراض عن الوصية، والثاني لا لبقاء ملكه.

تنبيه: ما ذكر في الهبة محله في الصحيحة. وأما الفاسدة فحكى الماوردي فيها ثلاثة أوجه: ثالثها: إن اتصل بها القبض كانت رجوعاً وإلا فلا. قال في الكفاية: وكلامه يفهم طردهما في الرهن الفاسد، والأوجه كما قال شيخنا أنه رجوع فيهما مطلقاً كالعرض على ما يأتي، بل أولى (و) يحصل الرجوع أيضاً (**بوصية بهذه التصرفات**) فيما أوصى به كبيع وهبة وما عطف عليهما لإشعاره بالرجوع (**وكذا توكيل في بيعه**) أي الموصِي به (**وعرضه عليه**) أو على الرهن أو الهبة يكون رجوعاً (**في الأصحّ**) لأنه توسل إلى أمر يحصل به الرجوع، والثاني: يكون رجوعاً في النصف فقط كما صرّح به في الروضة بالنسبة للوصية والتوكيل لا مطلقاً كما يوهمه إطلاق المتن في الجميع والروضة في العرض، ولو أجر الموصى به أو أعاره أو استخدمه، أو ركب المركوب، أو لبس الثوب، أو أذن للرقيق في التجارة، أو كانت جارية فزوّجها أو وطئها وإن أنزل، أو علمها صنعة أو عبداً فزوّجه، أو علمه صنعة أو سئل عن الوصية فقال: لا أدري

وَخَلْطُ حِنْطَةٍ مُعَيَّنَةٍ رُجُوعٌ، وَلَوْ وَصَّى بِصَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ فَخَلَطَهَا بِأَجْوَدَ مِنْهَا فَرُجُوعٌ أَوْ بِمِثْلِهَا، فَلاَ، وَكَذَا بِأَرْدَأَ فِي الأَصَحِّ، وَطَحْنُ حِنْطَةٍ وَصَّى بِهَا وَبَذْرُهَا وَعَجْنُ دَقِيقٍ وغَزْلُ قُطْنٍ وَنَسْجُ غَزْلٍ وقَطْعُ ثَوْبٍ قَمِيصاً وبِنَاءٌ وغِرَاسٌ فِي عَرْصَةٍ رُجُوعٌ.

لم يكن رجوعاً؛ لأن هذا لا ينافي الوصية بل هي إما انتفاع وله المنفعة والرقبة قبل موته، وإما استصلاح قصد به إفادة الموصى له.

تنبيه: هذا كله في وصية بمعين، فإن أوصى بثلث ماله ثم هلك أو تصرف في جميعه ببيع أو غيره لم يكن رجوعاً؛ لأن الثلث مطلق لا يختص بما ملكه وقت الوصية، بل العبرة بما ملكه عند الموت عند الموت زاد أو نقص أو تبدل كما جزم به في الرّوضة وأصلها وغيرهما **(وخلط حنطة معينة)** وصى بها بحنطة أخرى **(رجوع)** سواء أخلطها بمثلها أم بغيره لتعذر التسليم بما أحدثه في العين.

تنبيه: المراد بالخلط ما لا يمكن تمييزه، فإن أمكن فلا رجوع كما صرّح به في الكفاية وتعليلهم مصرّح به، وكان الأولى أن يقول كالرّوضة: وخلطه ـ أي الموصي ـ لأنها لو اختلطت بنفسها أو خلطها غيره بغير إذنه لم يؤثر، ولو كان الموصي به صاعاً مثلاً من الحنطة بغير تعيين فحكمه مذكور في قوله **(ولو وصى بصاع من صبرة)** معينة **(فخلطها)** الموصي **(بأجود منها فرجوع)** لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتسليمها ولا يمكن بدونها، واحترز بخلطه عما لو اختلطت بنفسها أو خلطها أجنبي بغير إذنه فإنه لا يؤثر **(أو بمثلها فلا)** لأنه لم يحدث تغييراً **(وكذا)** لو خلطها **(بأردأ)** منها **(في الأصحّ)** لأنه كالتعييب، والثاني: رجوع؛ لأنه غيره فأشبه الخلط بالأجود، فإن أوصى بصاع من حنطة ولم يصفها ولم يعين الصاع فلا أثر للخلط، ويعطيه الوارث ما شاء من حنطة التركة، فإن قال: من مالي حصله الوارث، فإن وصفها وقال: من حنطتي الفلانية فالوصف مرعي، فإن بطل بخلطه بطلت الوصية **(وطحن حنطة وصى بها وبذرها)** بمعجمة بخطه أي حنطة وصى بها وكذا يقدّر في بقية المعطوفات **(وعجن دقيق)** وخبز عجين وذبح شاة وإحضان بيض لنحو دجاج ليتفرخ ودبغ جلد وطبخ لحم **(وغزل قطن ونسج غزل وقطع ثوب قميصاً)** وصبغه أو قصارته وجعل الخشب باباً **(وبناء وغراس في عرصة رجوع)** عن الوصية لمعنيين: أحدهما: زوال الاسم قبل استحقاق الموصى له فكان كالتلف. والثاني: الإشعار بالإعراض عن الوصية، ويعزى الأوّل منهما إلى النصّ، والثاني: إلى أبي إسحاق، وعليهما ينبني ما لو حصل ذلك بغير إذنه، فقياس الأوّل أنه رجوع وقياس الثاني المنع، هذا والأوجه كما قال شيخنا أن كلاً منهما تعليل مستقل، فإن الأصحاب يعللون بكل منهما، فلو طبخ الموصي اللحم أو شواه أو جعله وهو لا يفسد قديداً، أو جعل الخبز فتيتاً، أو حشي القطن فراشاً أو جبة كان رجوعاً لإشعار ذلك بالصرف عن الوصية، ولأن القديد لا يسمى لحماً على الإطلاق، وإنما يسمى لحم قديد بخلاف ما لو جفف رطباً أو قدد لحماً قد يفسد فإنه ليس برجوع؛ لأن ذلك صون للرطب واللحم عن الفساد فلا يشعر بتغير القصد. فإن قيل:

خبز العجين للصون عن الفساد أيضاً مع أنه رجوع. أجيب بأن فيه مع صونه تهيئته للأكل بخلاف ما هنا، وقيل: إن ذلك رجوع لزوال الاسم، وبخلاف ما لو خاط الثوب وهو مقطوع حين الوصية أو غسله أو نقل الموصى به إلى مكان آخر ولو بعيداً عن محلّ الوصية فلا يكون ذلك رجوعاً، إذ لا إشعار لكلّ منها بالرجوع، وخرج ببناء وغراس الزرع في العرصة فلا يكون رجوعاً كلبس الثوب، نعم إن كان المزروع مما تبقى أصوله، فالأقرب كما قال الأذرعي إلى كلامهم في بيع الأصول والثمار أنه كالغراس؛ لأنه يراد للدوام، ولو عمر بستاناً أو أوصى به لم يكن رجوعاً إلا إن غير اسمه كأن جعله خاناً أو لم يغيره لكن أحدث فيه باباً من عنده فيكون رجوعاً، وهدم الدار المبطل لاسمها رجوع في النقض من طوب وخشب، وفي العرصة أيضاً لظهور ذلك في الصرف عن جهة الوصية وانهدامها ولو بهدم غيره يبطلها في النقض لبطلان الاسم لا في العرصة والآس إن بقي لبقائهما بحالهما، هذا إن بطل الاسم وإلا بطل في نقض المنهدم منها فقط كما نقله ابن الرفعة عن النص وقطع الجمهور، ولا أثر لانهدامها بعد الموت وقبل القبول وإن زال اسمها بذلك لاستقرار الوصية بالموت وبقاء اسم الدار يومئذ.

فروع: لو أوصى بمنفعة رقيق مثلاً سنة ثم أجره سنة ومات عقب الإجارة بطلت وصيته؛ لأن المستحق للموصى له السنة الأولى، فإذا انصرفت إلى جهة أخرى بطلت الوصية، أو مات بعد ستة أشهر بطلت في النصف الأوّل، ولو حبس الرقيق الوارث السنة بلا عذر غرم للموصى له الأجرة، ولا أثر لانقضاء مدة الإجارة قبل موته، ولو أوصى بخدمة عبد لشخص سنة غير معينة صح ذلك ويعين الوارث ذلك، قال الأذرعي: ويشبه أن يقال: يحمل الإطلاق على سنة متصلة بموته لا سيما إذا كان الموصى له مضطراً إلى من يخدمه لمرض أو زمانة وعلم الموصي حاله وقصد إعانته. وأما إحالة الأمر على تعيين الوارث فليس بالواضح قال: لكن يشهد له قول القاضي: لو أوصى بثمرة هذا البستان سنة ولم يعينها فتعيينها إلى الوارث اهـ، وقد يدل للبحث المسألة الأولى فإن الوصية حملت فيها على السنة الأولى، وقد يفرق بأن الوصية بالمنافع تقتضي تمليكه بجميع منافعه فكان المناسب لذلك الحمل على السنة الأولى، وهناك خصه بنوع منها وهو الخدمة، فجعلت الخيرة في زمنه للوارث، ولو أوصى لزيد بمائة معينة ثم بمائة أخرى معينة استحقهما وإن أطلقهما أو أحداهما فمائة؛ لأنه المتيقنة المنفعة، ولو أوصى بمائة ثم بخمسين فخمسون فقط؛ لأنه ربما قصد تقليل حقه فيؤخذ باليقين، وإن أوصى به بخمسين ثم بمائة فمائة؛ لأنها المتيقنة، فلو وجدنا الوصيتين ولم نعلم المتأخرة منهما أعطى المتقين وهو خمسون؛ لاحتمال تأخر الوصية بها، ولو أوصى لزيد بمائة ولعمرو بمائة ثم قال لآخر: أشركتك معهما أعطى نصف ما بيدهما، ولو أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو لم يكن رجوعا عن وصيته لاحتمال إرادة التشريك فيشرك بينهما كما لو قال دفعة واحدة: أوصيت بها لكما، لكن لو ردّ أحدهما الوصية في الأولى كان الكل للآخذ بخلافه في الثانية فإنه يكون له النصف فقط؛ لأنه الذي أوجبه له الموصي صريحاً بخلافه في الأولى، ولو أوصى بعين لزيد ثم بنصفها لعمرو وقبلا اقتسماها أثلاثاً ثلثاها للأوّل

فَصْلٌ

يُسَنُّ الْإِيْصَاءُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ وَتَنْفِيذِ الْوَصَايَا وَالنَّظَرِ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ،

وثلثها للثاني، فإن ردّ الأوّل فنصفها للثاني، أو الثاني فكلها للأول كذا قالاه، قال في المهمات: وهو غلط بل الصواب أن يقال للأوّل ثلاثة أرباعه، وللثاني الربع إذ النصف للأول، وقد شركه مع الثاني في النصف الآخر واعترضه البلقيني بأن الطريقة التي أشار إليها طريقة ضعيفة والصواب المعتمد المنقول في المذهب ما ذكراه عملاً بطريق العول التي نص عليها الشافعي في الأم واختارها ابن الحداد، وتقريرها أن يقال: معنا مال ونصف مال فنضيف النصف على الكل فتكون الجملة ثلاثة تقسم على النسبة فيكون لصاحب المال ثلثاه، ولصاحب النصف الثلث، وإن أوصى بعبد لزيد ثم أوصى بعتقه أو أوصى بعتقه ثم أوصى به لزيد كان رجوعاً عن الوصية الأولى في أحد وجهين مقتضى كلام أصل الروضة ترجيحه؛ لأن الثانية ليست من جنس الأولى، وبهذا فارق ما لو أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو، ولو قال: أوصيت لزيد بثلث مالي مثلاً إلا ثلث مالي كان استثناء مستغرقاً، وهل يلغو الاستثناء كما في الطلاق والإقرار ونحوهما أو يكون رجوعاً عن الوصية كما يؤخذ من قول ابن الرفعة في الاستثناء المستغرق في الإقرار، أن قوله له: عليّ عشرة إلا عشرة بمنزلة قوله له: عليّ عشرة ماله على شيء اهـ فكأنه قال في الوصية: أوصيت له بكذا ما أوصيت له بشيء وهذا رجوع، وظاهر كلام الشيخين كأكثر الأصحاب الأوّل، وصرح المارديني بتصحيح الثاني وبرهن عليه بأشياء كثيرة في كشف الغوامض وشرحه، وهذا هو الذي يظهر.

فَصْلٌ

في الوصاية كما عبر بها في المحرّر والروضة، وعدل المصنف عنها إلى التعبير بالإيصاء؛ لأن المبتدىء قد لا يفهم الفرق بين الوصية والوصاية الذي اصطلح عليه الفقهاء من تخصيصهم الوصية بكذا والوصاية بكذا كما قدّمته أوّل الباب، فقال **(يسنّ الإيصاء بقضاء)** الحقوق من **(الدين)** وردّ الودائع والعواري وغيرها **(و)** في **(تنفيذ الوصايا)** إن كانت **(و)** في **(النظر في أمر الأطفال)** ونحوهم كالمجانين ومن بلغ سفيهاً بالإجماع واتباعاً للسلف وإن كان القياس منعه لانقطاع سلطنة الموصي وولايته بالموت، لكن قام الدليل على جوازه، فروى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة منهم عثمان والمقداد وعبد الرحمن بن عوف، فكان يحفظ أموالهم وينفق عليهم من ماله، ولم يعرف لهم مخالف. وروى البيهقي بإسناد حسن أن ابن مسعود قد أوصى فكتب: وصيتي إلى الله تعالى وإلى الزبير وابنه عبدالله، بل قال الأذرعي: يظهر أنه يجب على الآباء الوصية في أمر الأطفال إذا لم يكن لهم جدّ أهل للولاية إلى ثقة كاف وجيه إذا وجده وغلب على ظنه أنه إن ترك الوصية استولى على ماله خائن من قاض أو غيره من الظلمة، إذ قد يجب عليه حفظ مال

وَشَـرْطُ الْـوَصِيِّ تَكْلِيفٌ وَحُرِّيَّـةٌ وَعَدَالَـةٌ وَهِدَايَـةٌ إِلَى التَّصَرُّفِ فِي المُـوصَى بِـهِ وَإِسْـلَامٌ لَكِنِ الأَصَحُّ جَوَازُ وَصِيَّةِ ذِمِّيٍّ إِلَى ذِمِّيٍّ،

ولده عن الضياع. قال: ويصح الإيصاء على الحمل كما اقتضاه كلام الروياني وغيره، والمراد كما قال شيخنا الحمل الموجود حالة الإيصاء، ويجب الإيصاء في ردّ مظالم وقضاء حقوق عجز عنها في الحال ولم يكن بها شهود كما مرّ مع زيادة أوّل هذا الكتاب مسارعة لبراءة ذمته، فإن لم يوص أحداً بها فأمرها إلى القاضي ينصب من يقوم بها، وقد تقدّم الكلام في الجنائز على ما إذا أوصى لشخص أن يصلي عليه أو أن يقرأ على قبره كذا هل يصح أو لا؟. وأركان الوصاية أربعة: وصيّ، وموص، وموص فيه، وصيغة. وقد شرع في بيان شرط الأوّل فقال **(وشرط الوصيّ)** أي الموصى إليه **(تكليف)** أي بلوغ وعقل؛ لأن غيره مولى عليه فكيف يلي أمر غيره، والوصي كما في الصحاح من أسماء الأضداد يطلق على الذي يوصي، وعلى من يوصى إليه وهو المراد هنا كما مرّ **(وحرية)** لأن الرقيق لا يتصرّف في مال أبيه فلا يصلح وصياً لغيره وإن أذن له سيده كالمجنون، ولأن ذلك يستدعي فراغاً وهو مشغول بخدمة سيده، وشمل ذلك القنّ والمبعض والمكاتب والمدبر. قال ابن الرفعة: ومن هذه المسألة يفهم منع الإيصاء لمن أجر نفسه في عمل مدّة لا يمكنه فيها التصرّف بالوصاية، وفي مدبره وأم ولده خلاف مبنيّ على أن صفات الوصيّ متى تعتبر؟، والأصح عند الموت كما سيأتي فتصح إليهما **(وعدالة)** فلا تجوز إلى فاسق بالإجماع؛ لأنها ولاية وائتمان وتكفي العدالة الظاهرة كما قاله الهروي في أدب القضاء **(وهداية إلى التصرّف في الموصى به)** فلا يصح إلى من لا يهتدى إليه لسفه أو مرض أو هرم أو تغفل، إذ لا مصلحة في تولية من هذا حاله **(وإسلام)** فلا يصح الإيصاء من مسلم إلى ذمي إذ لا ولاية لكافر على مسلم، ولتهمته قال تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [النساء: ١٤١] وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ﴾ [آل عمران: ١١٨] الآية **(لكن الأصح جواز وصية ذمي إلى ذمي)** فيما يتعلق بأولاده الكفار بشرط كونه عدلاً في دينه كما يجوز أن يكون ولياً لهم. والثاني: المنع كشهادته.

تنبيه: تصح وصاية الذمي إلى المسلم اتفاقاً كما تصح شهادته عليه وقد ثبتت له الولاية عليه فإن الإمام يلي تزويج الذميات، ويشترط في الوصيّ الاختيار وعدم الجهالة والعداوة البينة للمولي عليه، واستنبط الإسنوي من ذلك كون الوصي الذمي من ملة الموصى عليه حتى لا تصح وصية النصراني إلى اليهودي أو المجوسي وبالعكس للعداوة، وردّه الأذرعي بأنه لو صحّ ذلك لما جازت وصية ذمي إلى مسلم، وقد يردّ كما قال شيخنا كل منهما بأن المعتبر العداوة الدنيوية لا الدينية. قال الإسنوي: ولو أوصى ذمي إلى مسلم وجعل له أن يوصي فالمتجه جواز إيصائه إلى ذمي واستبعده الأذرعي واعترضه ابن العماد بأن الوصي يلزمه النظر بالمصلحة الراجحة والتفويض إلى المسلم أرجح في نظر الشرع من الذمي اهـ وهذا هو الظاهر، قال بعض المتأخرين: وظاهر أنه لو كان لمسلم ولد بالغ سفيه ذمي فله أن يوصي عليه ذمّياً، وهذا

وَلَا يَضُرُّ الْعَمَى فِي الأَصَحِّ، وَلَا تُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ، وَأُمُّ الأَطْفَالِ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهَا، وَيَنْعَزِلُ الْوَصِيُّ بِالْفِسْقِ وَكَذَا الْقَاضِي فِي الأَصَحِّ لَا الإِمَامُ الأَعْظَمُ،

بحثـدمردود كما يعلم مما مرّ، وكالذمي فيما ذكر المعاهد والمستأمن.

مسألة: سئل عنها ابن الصلاح، وهي أموال أيتام أهل الذمة إذا كانت بأيديهم هل على الحاكم الكشف عليهم؟ فأجاب بالمنع ما لم يترافعوا إلينا ولم يتعلق بها حق مسلم. وبه جزم الماوردي والروياني، وتعتبر هذه الشروط عند الموت لا عند الإيصاء ولا بينهما؛ لأنه وقت التسلط على القبول حتى لو أوصى إلى من خلا عن الشروط أو بعضها كصبيّ ورقيق ثم استكملها عند الموت صحّ **(ولا يضرّ)** في الوصيّ **(العمى في الأصحّ)** لأنه متمكن من التوكيل فيما لا يتمكن من مباشرته. والثاني: يضرّ؛ لأنه ممتنع من المباشرة بنفسه وهما كالوجهين في ولاية النكاح. قال الأذرعي: والأقرب أنه لا تجوز الوصية لأخرس وإن فهمت إشارته. قال ابن شهبة: وفيه نظر، وهذا النظر هو الظاهر **(ولا تشترط الذكورة)** بالإجماع كما حكاه ابن المنذر. وقد أوصى سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه إلى ابنته حفصة رضي الله تعالى عنها، رواه أبو داود **(وأمّ الأطفال أولى من غيرها)** من النساء عند اجتماع الشروط السابقة لوفور شفقتها وخروجاً من خلاف الأصطخري فإنه يرى أنها تلي بعد الأب والجدّ، وكذا أولى من الرجال أيضاً لما ذكر إذا كان فيها ما فيهم من الكفاية والاسترباح ونحوهما وإلا فلا. قال الأذرعي: وكم من محب مشفق لا يقدر على تحصيل الأرباح والمصالح التامة لمن يلي أمره، وللقاضي أن يفوّض أمر الأطفال إذا لم يكن وصى إلى امرأة فتكون قيمة، فإن كانت أم الأطفال فذاك أولى، قاله الغزالي في البسيط **(وينعزل الوصيّ)** وقيم القاضي، والأب والجدّ بعد الولاية **(بالفسق)** بتعدّ في المال، أو بسبب آخر لزوال الشرط فلا يحتاج لعزل حاكم.

تنبيه: أفهم كلامه أن الوصي لا ينعزل باختلال كفايته وهو كذلك، لكن بضم القاضي إليه معيناً، بل أفتى السبكي بأنه يجوز للقاضي أن يضمّ إلى الوصي غيره بمجرّد الريبة من غير ثبوت خلل. قال: ولم أره منقولاً، وكلام الأصحاب يقتضي المنع، وفساد الزمان يقتضي الجواز ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠] اهـ والأوجه ما بحثه الأذرعي من أنه إن قويت الريبة بقرائن ظاهرة ضمّ، وإلا فلا، وإن ضعف منصوب القاضي عزله **(وكذا)** ينعزل **(القاضي)** بالفسق **(في الأصح)** لزوال الأهلية. والثاني: لا كالإمام، وهذه المسألة ذكرها المصنف في القضاء وفرضها في عدم نفوذ حكمه لا في انعزاله، وسيأتي الكلام عليها إن شاء الله تعالى مستوفي في كتاب القضاء **(لا الإمام الأعظم)** فلا ينعزل بالفسق لتعلق بالمصالح الكلية بولايته. وحكى القاضي عياض فيه الإجماع، ولحديث: «صَلُّوا خَلْفَ كُلِّ برٍّ وَفَاجِرٍ»، وقيل: ينعزل وصوّبه في المطلب، واقتضى كلامه تفرّد الرافعي بترجيح عدم الانعزال.

تنبيه: بالتوبة من الفسق تعود ولاية الأب والجدّ لا ولاية غيرهما؛ لأن ولايتهما شرعية

وَيَصِحُّ الْإِيصَاءُ فِي قَضَاءِ الدُّيُونِ، وَتَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ حُرٍّ مُكَلَّفٍ، وَيُشْتَرَطُ فِي أَمْرِ الْأَطْفَالِ مَعَ هٰذَا أَنْ يَكُونَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَيْهِمْ، وَلَيْسَ لِوَصِيٍّ إِيصَاءٌ فَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِيهِ جَازَ لَهُ فِي الْأَظْهَرِ،

وولاية غيرهما مستفادة من التفويض، فإذا ارتفعت لم تعد إلا بولاية جديدة، والجنون والإغماء كالفسق في الانعزال به، فلو أفاق غير الأصيل والإمام الأعظم لم تعد ولايته؛ لأنه يلي بالتفويض كالوكيل، بخلاف الأصيل تعود ولايته وإن انعزل؛ لأنه يلي بلا تفويض، وبخلاف الإمام الأعظم كذلك للمصلحة الكلية، فإن أفاق الإمام وقد ولى آخر بدله نفذت توليته إن لم يخف فتنة وإلا فلا فيولي الأوّل. قال الإمام: ولا شك أنه ينعزل بالردّة ولا تعود إمامته. ثم شرع في بيان الركن الثاني وهو الموصي فقال **(ويصح الإيصاء في قضاء الدين، وتنفذ الوصية من كل حرّ مكلف)** مختار. قال ابن الرفعة: كذا في أكثر النسخ تنفيذ بتحتانية بين الفاء والذال كما في المحرّر والرّوضة وأصلها، وفي خط المصنف تنفذ بلا تحتانية مضموم الفاء والذال بعد دائرة أي وهو معطوف على يصح، ويتعلق بهما قوله من إلخ فصار كلامه حينئذ مشتملاً على مسألتين: إحداهما صحة الوصية بقضاء الدين، والأخرى نفوذ الوصية من الحرّ المكلف ويلزم على هذا كما قاله ابن شهبة محذورات: إحداها: التكرار، فإن الوصية بقضاء الدين تقدّم أوّل الفصل أنها سنّة فلا فائدة للحكم ثانياً بصحتها. ثانيها: صيرورة الكلام في الثانية غير مرتبط فإنه لم يذكر في أيّ شيء تنفذ. ثالثها: مخالفة أصله أي من غير فائدة.

تنبيه: كان ينبغي للمصنف استثناء السكران من التكليف على رأيه، فإنه غير مكلف عنده، ويصح إيصاؤه وكلامه تبعاً للرّافعي يفهم أن السفيه إذا صححنا وصيته بالمال وهو الأصح أن له تعيين شخص لتنفيذها. قال السبكي: ولم أرَ فيه إلا ما اقتضاه هذا الكلام وهو محتمل، ومنعه أيضاً محتمل فيليه الحاكم أو وليه اهـ. ويقوّي الاحتمال الثاني قول ابن الرفعة: ينبغي إضافة الرّشد إلى الشرطين المذكورين، وقول الأذرعي: الظاهر أنه لا يصحّ إيصاء الفاسق فيما تركه لولده من المال فإنه مسلوب الولاية على المذهب **(ويشترط)** في الموصي **(في أمر الأطفال)** والمجانين، وكذا السفهاء الذين بلغوا كذلك **(مع هذا)** السابق من حريّة وتكليف **(أن يكون له)** أي الموصي **(ولاية)** مبتدأة من الشرع **(عليهم)** أي من ذكر لا بتفويض فتثبت الوصاية للأب والجدّ وإن علا، ويخرج الأخ، والعمّ، والوصي، والقيّم، وكذا الأب والجدّ إذا نصبهما الحاكم في مال من طرأ سفهه؛ لأن وليه الحاكم دونهما في الأصحّ، وتخرج الأمّ أيضاً على المذهب **(وليس لوصيّ)** في وصية مطلقة بأن لم يؤذن فيها للوصيّ أن يوصي **(إيصاء)** إلى غيره، إذ الوليّ لم يرض بتصرّف الثاني، وقياساً على الوكيل **(فإن أذن له)** بالبناء للمفعول بخطه **(فيه)** أي الإيصاء عن نفسه، أو عن الموصي، أو مطلقاً **(جاز في الأظهر)** لكنه في الثالثة إنما يوصي عن الموصي كما اقتضاه كلام القاضي أبي الطيب

وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ إِلَى بُلُوغِ ابْنِي أَوْ قُدُومِ زَيْدٍ فَإِذَا بَلَغَ أَوْ قَدِمَ فَهُوَ الْوَصِيُّ جَازَ، وَلَا يَجُوزُ نَصْبُ وَصِيٍّ وَالجَدُّ حَيٌّ بِصِفَةِ الْوِلَايَةِ، وَلَا الْإِيْصَاءُ بِتَزْوِيجِ طِفْلٍ وَبِنْتٍ،

وابن الصباغ وغيرهما، فإذا قال له: أوصِ بتركتي فلاناً أو من شئت فأوصى بها صح؛ لأن للأب أن يوصي له فله أن يستنيب في الوصاية كما في الوكالة، ولو لم يضف التركة إلى نفسه بأن قال: أوص من شئت فأوصى شخصاً لم يصح الإيصاء، ومقابل الأظهر لا يجوز له أن يوصي ببطلان إذنه بالموت.

تنبيه: لو قال لوصيه: أوصيت إلى من أوصيت إليه إن متّ أنت أو إذا متّ أنت فوصيك وصيي لم يصح؛ لأن الموصي إليه مجهول، وإذا عين له الوصي ومات من غير إيصاء كان للحاكم أن ينصب غيره في أحد وجهين رجحه بعض المتأخرين (**ولو قال: أوصيت إليك إلى بلوغ ابني**) فلان (**أو**) إلى (**قدوم زيد**) مثلاً (**فإذا بلغ**) ابني (**أو قدم**) زيد (**فهو الوصيّ جاز**) هذا الإيصاء، واغتفر فيه التأقيت في قوله: إلى بلوغ ابني أو قدوم زيد، والتعليق في قوله: فإذا بلغ أو قدم فهو الوصيّ، ولو أخّر هذه المسألة وذكرها بعد قوله: ويجوز فيه التوقيت، والتعليق كان أنسب فإنها مثال لهما. قال الأذرعي: فلو قدم زيد وهو غير أهل فهل تبقى ولاية الوصيّ، ويكون المراد إن قدم أهلاً لذلك أو لا، وتكون ولايته مغياة بذلك فتنتقل إلى الحاكم لم أرَ فيه شيئاً، ويحتمل أن يفرق بين الجاهل بالوصية إلى غير المتأهل لها وغيره اهـ، والظاهر كما قال شيخنا أنها مغياة بذلك، وللأب الوصية إلى غير الجدّ في حياته، وهو بصفة الولاية، ويكون أولى من الجدّ إلا في أمر الأطفال ونحوهم كما قال (**ولا يجوز**) للأب على الصحيح (**نصب وصيّ**) على الأطفال ونحوهم (**والجدّ حيّ**) حاضر (**بصفة الولاية**) عليهم؛ لأن ولايته ثابتة شرعاً فليس له نقل الولاية عنه كولاية التزويج. أما إذا كان الجدّ غائباً فقال الزركشيّ: لو أراد الأب الإيصاء بالتصرّف عليهم إلى حضوره فقياس ما قالوه في تعليق الوصية على البلوغ الجواز، ويحتمل المنع؛ لأن الغيبة لا تمنع حق الولاية اهـ وهذا كما قال شيخي هو الظاهر. قال البلقيني: ولو أوصى إلى أجنبيّ مع وجود الجدّ بصفة الولاية ثم مات الجدّ أو فسق أو جنّ عند الموت صح. قال الزركشي: ولو أوصى إلى غير الجدّ لكونه ليس بصفة الولاية ثم تأهل عند موت ولده، فالظاهر انعزال الوصيّ اهـ وما قالاه ظاهر؛ لأن الاعتبار بوجود ذلك عند الموت كما مرّ. قال القاضي أبو الفرج: لو استلحق الخنثى غيره، ولم يصرّح ببنوّة الظهر ولا البطن لحقه، فإذا حدث للولد أولاد فأوصى عليهم أجنبياً مع وجود والده المستلحق صحت وصيته وجهاً واحداً اهـ أي لأنه لم يتحقق أنه أبو أب.

تنبيه: إذا لم يوص الأب أحداً فالجدّ أولى من الحاكم بقضاء الديون وأمر الأولاد ونحوهما إلا في تنفيذ الوصايا فالحاكم أولى كما قاله البغوي، وجرى عليه ابن المقري. ثم شرع في الركن الثالث وهو الموصي فيه، فقال: (**ولا**) يجوز (**الإيصاء بتزويج طفل وبنت**) مع

وَلَفْظُهُ أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ أَوْ فَوَّضْتُ وَنَحْوُهُمَا، وَيَجُوزُ فِيهِ التَّوْقِيتُ وَالتَّعْلِيقُ، وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَا يُوصِي فِيهِ فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ لَغَا، وَالْقَبُولُ

وجود الجدّ وعدمه وعدم الأولياء، واحتجّ البيهقي له بحديث: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» ولأن الوصيّ لا يتغير بدخول الدنيّ في نسبهم، ولأن البالغين لا وصاية في حقهم، والصغير والصغيرة لا يزوّجهما غير الأب والجدّ. نعم إن بلغ الصبيّ واستمرّ نظر الوصي لسفه اعتبر إذنه في نكاحه كما سيأتي. قال الزركشي: ولا يبعد صحة الإيصاء به في هذه الحالة، ولا يجوز في معصية كبناء كنيسة التعبد لعدم الإباحة، فعلم بذلك أنه يشترط في الموصى فيه أن يكون تصرّفاً مالياً مباحاً. ثم شرع في الركن الرابع وهو الصيغة، فقال **(ولفظه)** أي الإيجاب في الإيصاء من ناطق **(أوصيت إليك أو فوّضت)** إليك **(ونحوهما)** كأقمتك مقامي في أمر أولادي بعد موتي أو جعلتك وصياً، وهل تنعقد الوصاية بلفظ الولاية، كوليتك بعد موتي كما تنعقد بأوصيت إليك؟ وجهان في الشرح والرّوضة بلا ترجيح، رجح الأذرعي منهما الانعقاد، والظاهر كما قال شيخنا أنه كناية؛ لأنه صريح في بابه ولم يجد نفاذاً في موضوعه. أما الأخرس فتكفي إشارته المفهمة وكتابته، والناطق إذا اعتقل لسانه وأشار بالوصية برأسه أو بقوله: نعم لقراءة كتاب الوصية عليه؛ لأنه عاجز كالأخرس **(ويجوز فيه)** أي الإيصاء **(التوقيت)** كأوصيت إليك سنة أو إلى بلوغ ابني كما مرّ **(والتعليق)** كإذا متّ فقد أوصيت إليك؛ لأن الوصاية تحتمل الجهالات والأخطار فكذا التوقيت والتعليق، ولأن الإيصاء كالإمارة. وقد أمّر النبي ﷺ زيداً على سرية، وقال: «إِنْ أُصِيبَ زَيْدٌ فَجَعْفَرٌ، وَإِنْ أُصِيبَ جَعْفَرٌ فَعَبْدُ اللَّهِ بنُ رَوَاحَةَ»(١) رواه البخاري **(ويشترط بيان ما يوصي فيه)** كقوله: فلان وصي في قضاء ديني وتنفيذ وصيتي والتصرّف في مال أطفالي، ومتى خصص وصايته بحفظ ونحوه أو عمم اتبع، ولو اقتصر على قوله: أوصيت إليك أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي ولم يذكر التصرف كان له التصرف في المال وحفظه اعتماداً على العرف **(فإن اقتصر على أوصيت إليك لغا)** هذا الإيصاء كما قال: وكلتك ولم يبين ما وكل فيه، ولأنه لا عرف يحمل عليه **(و)** يشترط في الإيصاء **(القبول)** لأنه عقد تصرّف فأشبه الوكالة والقبول على التراخي على الأصحّ. قال الماوردي: ما لم يتعين تنفيذ الوصايا وكذا إذا عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده كما مرّ في نظيره من الوكالة.

تنبيه: قضية كلامه اشتراط القبول لفظاً لكن مقتضى ما في الرّوضة وأصلها أنه يكفي فيه التصرّف، وهو المعتمد كما يؤخذ من التشبيه بالوكالة، وتبطل بالردّ كأن يقول: لا أقبل. ويسنّ لمن علم من نفسه الأمانة القبول، فإن لم يعلم من نفسه ذلك، فالأولى له أن لا يقبل. ونقل الربيع عن الشافعي أنه قال: لا يدخل في الوصية إلا أحمق، أو لصّ، فإن علم من نفسه الضعف، فالظاهر أنه يحرم القبول لما روى مسلم عن أبي ذرّ أن النبيّ ﷺ قال له: «إِنِّي أَرَاكَ

(١) أخرجه البخاري ٧/٥٨٣ (٤٢٦١).

وَلَا يَصِحُّ فِي حَيَاتِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ وَصَّى اثْنَيْنِ لَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا إِلا إِنْ صَرَّحَ بِهِ، وَلِلْمُوصِي وَالْوَصِيِّ الْعَزْلُ مَتَى شَاءَ،

ضَعِيفاً، وَإِنِّي أُحِبُّ لَكَ مَا أُحِبُّ لِنَفْسِي، لَا تَأَمَّرَنَّ عَلَى اثْنَيْنِ، وَلَا تَلِيَنَّ عَلَى مَالِ يَتِيمٍ﴾[1] (**ولا يصح**) قبولَ الإيصاء ولا ردّه (**في حياته**) أي الموصي (**في الأصح**) لأنه لم يدخل وقت التصرف كالوصية له بالمال، فلو قبل في حياته ثم ردّ بعد وفاته لغا أو ردّ في حياته ثم قبل بعد وفاته صح. والثاني: يصح القبول، والردّ كالوكالة (**ولو وصى اثنين**) ولم يجعل لكل منهما الانفراد بالتصرف بل شرط اجتماعهما فيه أو أطلق كأن قال: أوصيت إلى زيد وعمرو أو إليكما (**لم ينفرد أحدهما**) بالتصرّف عملاً بالشرط في الأوّل، واحتياطاً في الثاني بل لا بدّ من اجتماعهما فيه (**إلا إن صرّح به**) أي الانفراد كأن يقول: أوصيت إلى كل منكما، أو كل واحد منكما، وصي أو أنتما وصياي فلكل منهما الانفراد بالتصرف. قال الأذرعي: وفي الأخيرة نظر، وردّ بأن التثنية في حكم تكرير المفرد، فكأنه قال: كل منكما وصي، فإذا ضعف أحدهما عن التصرّف انفرد الآخر كما لو مات أو جنّ، وللإمام نصب من يعين الآخر، وليس المراد بعدم الانفراد بالتصرّف تلفظهما بالعقد معاً، بل المعتبر أن يصدر عن رأيهما وإن باشره أحدهما أو غيرهما بأمرهما.

تنبيه: محلّ وجوب الاجتماع عند عدم التصريح بالانفراد في أمر الأطفال وأموالهم وتفرقة الوصايا غير المعينة وقضاء دين ليس في التركة جنسه. أما ردّ الأعيان المستحقة كالمغصوب والودائع والأعيان الموصى بها وقضاء دين في التركة جنسه فلأحدهما الاستقلال به؛ لأن لصاحب الحق أن يستقلّ بأخذ ذلك فلا يضرّ استقلال أحدهما به. وقضيته أنه يباح له ذلك، وأن المدفوع يقع موقعه، وهو كذلك وإن توقف الشيخان في جواز الإقدام، ويرد على إطلاق المصنف ما لو اختلفا في حفظ المال المنقسم فإنه يقسم بينهما نصفين، فإن تنازعا في تعيين النصف المحفوظ أقرع بينهما على الأصح في الرّوضة، وإذا تعين اجتماعهما على التصرف واستقلّ أحدهما به لم يصح تصرفه وضمن ما أنفق على الأولاد أو غيرهم، وعلى الحاكم نصب آخر إن مات أحدهما أو جنّ أو فسق أو غاب أو لم يقبل الوصاية ليتصرّف مع الموجود، وليس له جعل الآخر مستقلاً في التصرف؛ لأن الموصي لم يرض برأيه وحده، ولو ماتا مثلاً جميعاً لزم الحاكم نصب اثنين مكانهما، ولو جعل الموصي على الوصيين مشرفاً لم يتصرفا إلا بمراجعته. قال الأذرعي: ومحله فيما يحتاج إلى نظر، لا كشراء الخبز والبقل. قال في الكفاية: وليس للمشرف التصرف، ذكره في البحر (و) عقد الإيصاء جائز من الطرفين، وحينئذ (**للموصي والوصيّ العزل متى شاء**) كالوكالة، هذا إن لم تتعين عليه الوصية ولم يغلب

---

(١) أخرجه مسلم ٣/١٤٥٨ (١٧ - ١٨٢٦).

وَإِذَا بَلَغَ الطِّفْلُ وَنَازَعَهُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ صُدِّقَ الْوَصِيُّ، أَوْ فِي دَفْعٍ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ صُدِّقَ الْوَلَدُ.

على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره وإلا فليس له ذلك، ولا ينفذ عزله كما بحثه ابن عبد السلام. قال الإسنوي: وعلى هذا لو لم يقبل هل يلزمه القبول؟ فيه نظر يحتمل اللزوم لقدرته على دفع الظالم بذلك، ويحتمل خلافه اهـ. والأوجه ـ كما قال شيخنا ـ الأوّل إن تعين طريقاً في الدفع. قال الأذرعي: ولو غلب على ظنّ الموصي أن عزله لوصيه مضيع لما عليه من الحقوق أو لأموال أولاده باستيلاء ظالم أو لخلوّ الناحية عن قاض أمين فيظهر أنه لا يجوز له عزله اهـ وهو حسن.

تنبيه: تسمح المصنف في إطلاق العزل بالنسبة للموصي فإن العزل فرع الولاية، ولا ولاية قبل موت الموصي، فالأولى التعبير بالرجوع كما في الرّوضة وأصلها **(وإذا بلغ الطفل)** رشيداً وكمل غيره **(ونازعه)** أي الوصي أو نحوه كالأب **(في الإنفاق عليه)** أو على ممونه **(صدّق الوصيّ)** ونحوه بيمينه في اللائق بالحال لأنه أمين، وقد تشق عليه إقامة البينة، فإن ادّعى زيادة على النفقة اللائقة صدّق الولد قطعاً **(أو)** نازعه **(في دفع)** المال **(إليه بعد البلوغ)** والرّشد للطفل والكمال لغيره، أو في تاريخ موت الأب **(صدّق الولد)** بيمينه على الصحيح المنصوص لمفهوم قوله تعالى: ﴿فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] ولأنه لا يعسر إقامة البينة عليه. فإن قيل: هذه المسألة تقدّمت في الوكالة فهي مكررة؟. أجيب بأن تلك في القيم المنصوب من جهة القاضي فإن عبارته هناك: وقيم اليتيم إلخ، وهذه في الوصي لا في قيم اليتيم، لكن تخصيصه الوصيّ بالذكر يوهم أن الأب والجدّ ليسا كذلك، وليس مراداً، بل هما كالوصيّ كما تقرّر.

خاتمة: للوصيّ أن يوكل فيما لم تجر العادة بمباشرته لمثله كالوكيل، وقيل: يجوز مطلقاً، وجرى عليه بعض المتأخرين كالأذرعي، ولا يخالط الطفل بالمال إلا في المأكول كالدقيق واللحم للطبخ ونحوه مما لا بدّ منه للإرفاق، وعليه حمل قوله تعالى: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠] الآية، ولا يستقل بقسمة مشترك بينه وبينه؛ ولأن القسمة إن كانت بيعاً فليس له تولي الطرفين أو إقراراً فليس له أن يقبض من نفسه لنفسه، ولو باع له شيئاً حالاً لم يلزمه الإشهاد فيه بخلاف المؤجل، ولو فسق الوليّ قبل انقضاء الخيار لم يبطل البيع في أحد وجهين رجحه الأذرعي، ولو قال: أوصيت إلى الله وإلى زيد حمل ذكر اسم الله تعالى على التبرّك، وإن خاف الوصيّ على المال من استيلاء ظالم فله تخليصه بشيء منه: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]. قال الأذرعي: ومن هذا ما لو علم أنه لو لم يبذل شيئاً لقاضي سوء لانتزع منه المال وسلمه لبعض خونته وأدّى ذلك إلى استئصاله، ويجب أن يتحرّى في أقلّ ما يمكن أن يرضى به الظالم، والظاهر تصديقه إذا نازعه المحجور عليه بعد رشده في

بذل ذلك، وإن لم تدلّ القرائن عليه. قال: ويقرب من هذا قول ابن عبد السلام: يجوز تعييب مال اليتيم أو السفيه أو المجنون لحفظه إذا خيف عليه الغصب كما في قصة الخضر عليه السلام، وإذا كان الناظر في أمر الطفل أجنبياً فله أن يأخذ من مال الطفل قدر أجرة عمله، فإن كانت لا تكفيه أخذ قدر كفايته بشرط الضمان، وإن كان أباً أو جدّاً أو أمّاً بحكم الوصية لها وكان فقيراً فنفقته على الطفل، وله أن ينفق على نفسه بالمعروف ولا يحتاج إلى إذن حاكم كما قاله ابن الصلاح.

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

هي فعيلة، من ودع إذا ترك، ومنه قوله ﷺ: «لَيَنْتَهِنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِ الْجُمُعَاتِ وَالْجَمَاعَاتِ» رواه مسلم. وفي النسائي: «دَعُوا الحَبَشَةَ مَا وَدَعُوكُمْ وَاتْرُكُوا التُّرْكَ مَا تَرَكُوكُمْ» وجمعها ودائع. قال الشاعر:

إِذَا أَنْتَ لَا تَبْرَحْ تُؤَدِّي أَمَانَةً ... وَتَحْمِلُ أُخْرَى أَثْقَلَتْكَ الوَدَائِعُ

الطويل

وهي لغة: الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ. وشرعاً: تقال على الإيداع، وعلى العين المودعة، من ودع الشيء يدع إذا سكن؛ لأنها ساكنة عند المودع، وقيل: من قولهم: فلان في دعة: أي راحة؛ لأنها في راحة المودع ومراعاته وحفظه. قال الشاعر:

اَسْتَوْدَعَ العِلْمِ قِرْطَاساً فَضَيَّعَهُ ... وَبِئْسَ مُسْتَوْدَعُ العِلْمِ القَرَاطِيسُ

البسيط

والأصحّ أنها عقد، فحقيقتها شرعاً: توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختصّ على وجه مخصوص[1]، فدخل في ذلك صحة إيداع الخمر المحترمة، وجلد ميتة يظهر بالدباغ، وزبل، وكلب معلم وخرج بمختصّ: ما لا اختصاص فيه كالكلب الذي لا يقتنى، وبتوكيل العين في يد ملتقط، وثوب طيرته ريح ونحوه، لأنه مال ضائع مغاير لحكم الوديعة. والأصل فيها قبل

(١) الوديعة لغة: فعيلة بمعنى مفعولة، من الودع، وهو: الترك. قال ابن القطاع: ودعت الشيء ودعاً: تركته. وابن السكيت، وجماعة غيره، ينكرون المصدر، والماضي من «يدع» وقد ثبت في «صحيح مسلم». «لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات» وفي «سنن النسائي» من كلام رسول الله ﷺ: «اتركوا الترك ما تركوكم، ودعوا الحبشة ما ودعوكم» فكأنها سميت وديعة، أي: متروكة عند المودع. وأودعتك الشيء: جعلته عندك وديعة، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد.

انظر: الصحاح: ١٢٩٦/٣، المغرب: ١٢٩٦، المطلع: ٢٧٩.

واصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: توكيل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف.

عرفها المالكية بأنها: مال وكل على مجرد حفظه.

عرفها الحنابلة بأنها: اسم للمال المودع المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.

انظر: الإنصاف: ٣١٦/٦، الشرقاوي على التحرير: ٩٦/٢، حاشية الدسوقي: ٤١٩/٣، كشف القناع: ١٦٦/٤.

مَنْ عَجَزَ عَنْ حِفْظِهَا حَرُمَ عَلَيْهِ قَبُولُهَا، وَمَنْ قَدَرَ وَلَمْ يَثِقْ بِأَمَانَتِهِ كُرِهَ، فَإِنْ وَثِقَ اسْتُحِبَّ،

الإجماع قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، فهي وإن نزلت في ردّ مفتاح الكعبة إلى عثمان بن طلحة فهي عامة في جميع الأمانات. قال الواحدي: أجمعوا على أن الآية نزلت بسبب مفتاح الكعبة، ولم ينزل في جوف الكعبة آية سواها، وقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وخبر: «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ» رواه الحاكم، وقال: على شرط مسلم، وروى البيهقي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال وهو يخطب للناس: «لا يعجبنكم من الرجل طنطنته، ولكن من أدّى الأمانة وكف عن أعراض الناس، فهو الرجل» ولأن بالناس حاجة بل ضرورة إليها ولكن (**من عجز عن حفظها حرم عليه قبولها**) لأنه يعرضها للتلف، قال ابن الرفعة: ومحله إذا لم يعلم المالك بحاله وإلا فلا تحريم. وقول الزركشي: في ذلك نظر، والوجه تحريمه عليهما، أما على المالك فلإضاعته ماله، وأما على المودع فلإعانته على ذلك ممنوع؛ لأن الشخص إذا علم أن غيره يأخذ ماله لينفقه أو يعطيه لغيره لا يحرم عليه ولا على الآخذ إذا علم رضاه بذلك. والإيداع صحيح مع الحرمة، وأثر التحريم مقصور على الآثم، لكن لو كان المودع وكيلاً أو وليّ يتيم حيث يجوز له الإيداع فهي مضمونة بمجرد الأخذ قطعاً (**ومن قدر**) على حفظها وهو في الحال أمين (**و**) لكن (**لم يثق بأمانته**) بل خاف الخيانة من نفسه في المستقبل (**كره**) له قبولها وهو المعتمد خشية الخيانة فيها. قال ابن الرفعة: ويظهر أن هذا إذا لم يعلم المالك الحال، وإلا فلا تحريم ولا كراهة وفيه ما مر.

تنبيه: جزمه بالكراهة لا يطابق كلام المحرر، فإنه قال: لا ينبغي أن يقبل ومخالف لما في الروضة وأصلها من حكاية وجهين بالحرمة والكراهة بلا ترجيح. قال الأذرعي: وبالتحريم أجاب الماوردي، وصاحب المهذب، والروياني وغيرهم، وهو المختار. قال: ولكن محل الوجهين فيما إذا أودع مطلق التصرف مال نفسه وإلا فيحرم قبولها منه جزماً (**فإن**) قدر على حفظها، و (**وثق**) بأمانة نفسه فيها (**استحب**) له قبولها؛ لأنه من التعاون المأمور به، هذا إذا لم يتعين عليه، فإن لم يكن ثم غيره وجب عليه كأداء الشهادة لكن بالأجرة. قال الرافعي: وهو محمول على أصل القبول كما بيّنه السرخسي دون إتلاف منفعته ومنفعة حرزه في الحفظ بلا عوض، وقضيته أنله أن يأخذ أجرةالحفظ كما يأخذ أجرة الحرز، ومنعه الفارقي وابن أبي عصرون؛ لأنه صار واجباً عليه فأشبه سائر الواجبات والمعتمد الأوّل كما هو ظاهر كلام الأصحاب، وقد تؤخذ الأجرة على الواجب كما في سقي اللبا. وأركان الوديعة بمعنى الإيداع أربعة: وديعة بمعنى العين المودعة، ومودع، ووديع، وصيغة، وقد تقدم الكلام على شرط الركن الأول وهو الوديعة، ثم شرع في شرط الركن الثاني والثالث وهما العاقدان. فقال:

وَشَرْطُهُمَا شَرْطُ مُوَكِّلٍ وَوَكِيلٍ، وَيُشْتَرَطُ صِيغَةُ المُودِعِ كاسْتَوْدَعْتُكَ هٰذَا أَوِ اسْتَحْفَظْتُكَ أَوْ أَنَبْتُكَ في حِفْظِهِ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظاً وَيَكْفِي الْقَبْضُ

(وشرطهما شرط موكل ووكيل) لأنها استنابة في الحفظ فمن صحت وكالته صح إيداعه، ومن صح توكيله صح دفع الوديعة إليه فخرج استيداع محرم صيداً أو كافر مصحفاً ونحوه. ثم شرع في بيان الركن الرابع وهو الصيغة فقال **(ويشترط صيغة المودع)** الناطق باللفظ، وهي إما صريح **(كاستودعتك هذا)** أو أودعتك أو هو وديعة عندك **(أو استحفظتك أو أنبتك في حفظه)** أو احفظه. وإما كناية وتنعقد بها مع النية كخذه أو مع القرينة كخذه أمانة، أما الأخرس فتكفي إشارته المفهمة، ولو علقها كأن قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك هذا لم يصح كالوكالة كما بحثه في أصل الروضة، وجرى عليه ابن المقري، وقطع الروياني بالصحة، وعلى الأول يصح الحفظ بعد وجود الشرط كما يصح التصرف في الوكالة حينئذ، ففائدة البطلان سقوط المسمى إن كان، والرجوع إلى أجرة المثل.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف وغيره أنه لو دخل شخص الحمام ولم يستحفظ الحمامي لم يجب عليه الحفظ وهو كذلك، فلو ضاعت لم يضمنها وإن نام أو قام من مكانه، ولا نائب له، فإن استحفظه وقبل منه لزمه حفظها. وعن القاضي حسين أنه يجب عليه حفظها مطلقاً للعادة **(والأصح أنه لا يشترط)** في الوديع **(القبول)** للوديعة **(لفظاً ويكفي القبض)** لها كما في الوكالة بل أولى عقاراً كانت أو منقولاً، فإذا قبضها تمت الوديعة، وظاهر كلام المصنف، أنه لا بد في المنقول من النقل، ولكن الذي قاله البغوي أنه لو قال: هذا وديعتي عندك أو احفظه، فقال: قبلت أوضعه موضعه كان إيداعاً كما لو قبضه بيده. وصححه الرافعي في الشرح الصغير، ونقل الأذرعي عن فتاوى القفال ما يوافقه وهذا هو الظاهر، وإن قال المتولي لا حتى يقبضه، والثاني: يشترط القبول لفظاً، والثالث: يفرق بين صيغة الأمر كما في الوكالة وعلى عدم اشتراط القبول يشترط عدم الردّ كما قاله البغوي، قال الماوردي وغيره: ولا تفتقر الوديعة إلى علم الوديع بما فيها بخلاف اللقطة لما يلزمه من تعريفها، فإن لم يوجب المالك له بل وضع ماله بين يديه سواء أقال له قبل ذلك: أريد أن أودعك أم لا، أو أوجب له ووضعه بين يديه وردّ لم يصح، فإن ذهب وتركها لم يضمن وإن أثم به بأن كان ذهابه بعد غيبة المالك، وإن قبضها صار ضامناً إلا إن كانت معرّضة للضياع فقبضها حسبة صوناً لها عن الضياع فلا يضمن، وذهاب الوديع مع ترك الوديعة والمالك حاضر كردّها.

تنبيه: قضية كلام الشيخين أنه لا بدّ من لفظ ائتمان من المودع الناطق، قال الأذرعي: ولم يبعد أن يقال: الشرط وجود اللفظ من أحد الجانبين والفعل من الآخر للعلم بحصول المقصود بذلك، فلو قال الوديع: أو دعنيه مثلاً فدفعه له ساكتاً كفى كالعارية، وعليه فالشرط اللفظ من أحدهما، وهو حسن، ولو قال له: خذ هذا يوماً وديعة ويوماً غير وديعة فوديعة أبداً أو

وَلَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالاً لَمْ يَقْبَلْهُ فَإِنْ قَبِلَ ضَمِنَ، وَلَوْ أَوْدَعَ صَبِيّاً مَالاً فَتَلِفَ عِنْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ ضَمِنَ فِي الأَصَحِّ، وَالمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَصَبِيٍّ وَتَرْتَفِعُ بِمَوْتِ المودِع أو

خذه يوماً وديعة ويوماً عارية فوديعة في اليوم الأوّل وعارية في اليوم الثاني، ولم يعد بعد يوم العارية وديعة ولا عارية بل تصير يده يد ضمان. قال الزركشي، فلو عكس الأولى فقال: خذه يوماً غير وديعة ويوماً وديعة، فالقياس أنها أمانة؛ لأنه أخذها بإذن المالك وليست عقد وديعة، وإن عكس الثانية فالقياس أنها في اليوم الأوّل عارية وفي الثاني أمانة (**ولو أودعه صبيّ أو مجنون مالاً لم يقبله**) لأن إيداعه كالعدم لعدم أهليته (**فإن قبل**) المال وقبضه (**ضمن**) لعدم الإذن المعتبر كالغاصب، ولهذا التعليل لا يقال: صحيح الوديعة لا ضمان فيه فكذا فاسدها. قال السبكي: ولا يحتاج أن يقال هو باطل، ويفرق بين الفاسد والباطل ولا يبرأ إلا بالردّ إلى وليه.

تنبيه: استثنى من تضمينه ما لو خيف هلاكه فأخذه حسبة صوناً له فإنه لا يضمنه، وما لو أتلف الصبيّ وديعة نفسه بلا تسليط من الوديع فإنه يبرأ كما صرّح به الرافعي في الجراح قبيل الفصل الثاني في المماثلة، ولو أودعه عبد بغير إذن سيده لم يبرأ إلا بالردّ إلى سيده (**ولو أودع صبياً**) أو مجنوناً (**مالاً فتلف عنده**) ولو بتفريط (**لم يضمن**) كل منهما ما تلف عنده إذ ليس عليه حفظه فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ (**وإن أتلفه ضمن**) ما أتلفه (**في الأصح**) لعدم تسليطه عليه، والثاني: لا كما لو باعه شيئاً وسلمه إليه، وأجاب الأوّل بأن البائع أذن في الاستهلاك بخلاف الإيداع.

تنبيه: المرجح في الروضة كأصلها أن الخلاف قولان (**والمحجور عليه بسفه**) في إيداعه والإيداع عنده والأخذ منه وعدم تضمينه بالتلف عنده وتضمينه بإتلافه (**كصبيّ**) فيما ذكر.

تنبيه: قضية تقييده بالحجر أن السفيه إذا لم يحجر عليه بخلافه. قال الزركشي: ويشبه أن يكون على الخلاف في سائر تصرّفاته، ولو أودع عند رقيق بغير إذن سيده فتلف عنده ما أودعه لم يضمنه كذا أطلقاه، وقيده الجرجاني بعدم التفريط. قال: ولا يفارق الرقيق الصبيّ إلا في هذه الحالة فإن الصبيّ لا يضمن ولو فرط، وأورد على حصره أن الصبيّ لا يودع عنده أصلاً ويودع عند الرقيق بإذن سيده، وكلامهما محمول على ما قيد به، وولد الوديعة وديعة كأمه بناء على أنها عقد. وقيل: إنها أمانة شرعية، فإن قيل: لا فائدة لهذا الخلاف. أجيب بأن له فائدة، وهي أن العين على الأوّل إنما يجب ردّها بعد الطلب، ويجب ردّها على الثاني حالاً.

تنبيه: أحكام الوديعة ثلاثة: الأوّل: الجواز، والثاني: الأمانة، والثالث: الردّ، وقد شرع في الحكم الأوّل، فقال: (**وترتفع**) الوديعة أي ينتهي حكمها (**بموت المودع**) بكسر الدال (**أو**

المُـودِعِ وَجُنُـونِـهِ وَإِغْمَـائِـهِ، وَلَهُمَـا الِاسْتِـرْدَادُ وَالـرَّدُّ كُـلَّ وَقْتٍ، وَأَصْلُهَـا الأَمَـانَـةُ وَقَدْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِعَوَارِضَ: مِنْهَا أَنْ يُودِعَ غَيْرَهُ بِلَا إِذْنٍ وَلَا عُذْرٍ، فَيَضْمَنُ، وَقِيـلَ إِنْ أَوْدَعَ الْقَـاضِيَ

المودع) بفتحها وحجر سفه عليه **(وجنونه وإغمائه)** وبعزل الوديع نفسه، وبالجحـود المضمن، وبالإقرار بها لآخر، وبنقل المالك الملك فيها ببيـع ونحوه ونحـو ذلك كـالوكـالة، ويجب على الوديع الرد إلى الوليّ في مسـألة الجنـون، وإلى الوارث في مسـألة المـوت وإلا فيضمن لزوال الائتمان ولو وكل المالك الوديع في إجارتها فأجرها وانقضت مدّة الإجارة عادت وديعة عند عامة الأصحاب **(ولهما الاسترداد والردّ)** أي للمودع بكسر الـدال الاسترداد، وللمـودع بفتحها الـردّ **(كلّ وقت)** لأن لكلّ منهمـا الأمرين كمـا توهمـه عبارة المصنف وعبـارة المحرّر، وللمـودع أن يستردّ متى شاء، وللمـودع الردّ كـذلك، فهي أوضح من عبارة المصنف. أمـا المودع فـلأنـه المالك، وأما المودع فلأنه متبرّع بالحفظ. قال ابن النقيب: وينبغي أن يقيد جواز الردّ للمـودع بحالة لا يلزمه فيها القبول، وإلا حرم الردّ، فإن كان بحالة يندب فيها القبول فالردّ خلاف الأولى إن لم يرض به المالك.

تنبيه: أفرد المصنف الضمير أوّلاً؛ لأن العطف بأو ثم ثناه ثانياً. قال الزركشي: ولا وجـه لذلك. ثم شرع في الحكم الثاني وهو الأمانة فقال: **(وأصلها الأمانة)** أي موضوعها على ذلـك يعني أن الأمـانة ليست فيهـا تبعاً كـالـرهن بـل هي مقصـودة فيهـا، سـواء أكـانت بجعـل أم لا كالوكالة، ولأن المودع يحفظها للمالك فيده كيده، ولو ضمن لرغب الناس عن قبـول الودائـع، فلو أودعه بشرط أن تكون مضمونة عليه أو أنه إذا تعدّى فيها لا ضمان عليه لم يصح فيهما.

تنبيه: قضية إطلاقهم أنه لا فرق في عدم الضمان بين الصحيحة والفاسدة، وهـو كذلـك كما هو مقتضى القاعدة قال في الكافي: ولو أودعه بهيمة وأذن له في ركوبها أو ثوباً وأذن له في لبسه فهو إيداع فاسد؛ لأنه شرط فيه ما ينافي مقتضاه، فلو ركب أو لبس صارت عارية فـاسدة، فإذا تلف قبل الركوب والاستعمـال لم يضمن كما في صحيـح الإيداع، أو بعـده ضمن كما في صحيح العارية **(وقد تصير)** الوديعة **(مضمونة)** على الوديع بالتقصير فيها، وله أسباب عبـر عنها المصنف **(بعوارض: منها أن يـودع غيره)** ولـو ولده أو زوجتـه أو عبده أو قـاضياً **(بـلا إذن)** من المودع **(ولا عذر)** له **(فيضمن)** لأن المودع لم يرض بأمـانة غيـره ولا يده. نعم استثنى السبكي ما لو طالت غيبة المالك أي وتضجر من الحفظ كما في التتمة فأودعها الوديع القاضي.

تنبيه: قول المصنف فيضمن أي صار طريقاً في الضمان؛ لأن للمالك أن يضمن من شاء من الأوّل أو الثاني، فإن ضمن الثاني وهو جاهل بالحال رجع على الأوّل بخلاف العـالم؛ لأنه غاصب لا مودع. أما إذا أودعها لعذر كمرض أو سفر فإنه لا يضمن، ولا فرق بين سفر الضرورة وغيره على الصحيح. نعم قال الأذرعي: ينبغي أن يكون مباحاً **(وقيل إن أودع القاضي)** الأمين

لَمْ يَضْمَنْ، وَإِذَا لَمْ يُزِلْ يَدَهُ عَنْهَا جَازَتِ الِاسْتِعَانَةُ بِمَنْ يَحْمِلُهَا إِلَى الْحِرْزِ أَوْ يَضَعُهَا فِي خِزَانَةٍ مُشْتَرَكَةٍ، وَإِذَا أَرَادَ سَفَراً فَلْيَرُدَّ إِلَى الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ فَإِنْ فَقَدَهُمَا فَالْقَاضِي فَإِنْ فَقَدَهُ فَأَمِينٌ، فَإِنْ دَفَنَهَا بِمَوْضِعٍ

(لم يضمن) لأن أمانة القاضي أظهر من أمانته **(وإذا لم يزل)** بضم أوله وكسر ثانيه **(يده)** ولا نظره **(عنها جازت الاستعانة بمن يحملها)** معه ولو أجنبياً **(إلى الحرز أو يضعها في خزانة)** بكسر الخاء بخطه موضع يخزن فيه **(مشتركة)** بينه وبين الغير كالعارية لجريان العادة بذلك كما لو استعان في سقي البهيمة وعلفها، فإن كانت بمخزنه فخرج لحاجته واستحفظ عليها ثقة يختصّ به وهو يلاحظها في عوداته لم يضمن، وإذا قطع نظره عنها ولم يلاحظها فكذلك كما صرّح به الفوراني وقال: إنه الذي يشعر به فحوى كلام الأئمة. قال السبكي: والمتبع في ذلك العرف، فالملوك والأمراء أموالهم في خزائنهم بأيدي خزان لهم، والعرف قاض بأنها في أيديهم، وإن كانت في غير مسكنه ولم يلاحظها ضمن لتقصيره. أما إذا استحفظ غير ثقة أو من لا يختصّ به فعليه الضمان **(وإذا أراد)** الوديع **(سفراً)** ولو قصيراً وقد أخذ الوديعة حضراً **(فليرد)** ها **(إلى المالك أو وكيله)** مطلقاً أو وكيله في استرداد هذه خاصة ليخرج من العهدة، فإن دفع لغيره ضمن في الأجنبي قطعاً، وفي القاضي على الأصح؛ لأنه لا ولاية للحاكم عليه.

تنبيه: لا يخفى أن له دفعها إلى وليّ المحجور عليه لجنون أو سفه طرأ؛ لأنه قائم مقامه **(فإن فقدهما)** أي المالك ووكيله لغيبة أي لمسافة قصر كما بحثه ابن الرفعة أخذاً من كلامهم في عدل الراهن **(فالقاضي)** أي يردها إليه أي إذا كان أميناً كما نقله الأذرعي عن تصريح الأصحاب، ويلزمه القبول في الأصح وإن كان سفره لا لحاجة؛ لأنه نائب الغائبين، وكذا الإشهاد على نفسه بقبضها كما قاله الماوردي. قال الشيخ أبو حامد: وإنما يحملها إلى الحاكم بعد أن يعرفه الحال ويأذن له، فلو حملها ابتداء قبل أن يعرفه ضمن، ولا شكّ أنه لو أمره القاضي بدفعها إلى أمين كفى كما قاله الزركشي، ولا يتعين عليه أن يتسلمها بنفسه، ولو كان المالك محبوساً بالبلد وتعذر الوصول إليه فكالغائب كما قاله القاضي أبو الطيب، ويقاس بالحبس التواري ونحوه، وبالمالك عند فقده وكيله، ولا يلزم القاضي قبول الدين ممن هو عليه ولا المغصوب من غاصبه للغائب فيهما؛ لأن بقاء كل منهما أحفظ لمالكه؛ لأنه يبقى مضموناً له، ولأن الدين في الذمة لا يتعرّض للتلف، وإذا تعين تعرّض له، ولأن من في يده العين يثقل عليه حفظها **(فإن فقده)** أي القاضي، أو كان غير أمين **(فأمين)** يردها إليه يأتمنه المودع وغيره لئلا يتضرّر بتأخير السفر، ويجب عليه الإشهاد في أحد وجهين رجحه ابن الملقن، فإن الأمين قد ينكر، فإن ترك هذا الترتيب ضمن لعدوله عن الواجب عليه.

تنبيه: قضية كلام المصنف أنه لا رتبة في الأشخاص بعد الأمين وهو كذلك، وأغرب في الكافي فقال: فإن لم يجده وسلمها إلى فاسق لا يصير ضامناً في الأصح **(فإن دفنها بموضع)**

وَسَافَـرَ ضَمِنَ فَإِنْ أَعْلَمَ بِهَـا أَمِيناً يَسْكُنُ الْمَوْضِعَ لَمْ يَضْمَنْ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ سَافَرَ بِهَـا ضَمِنَ إِلَّا إِذَا وَقَعَ حَـرِيقٌ أَوْ غَارَةٌ وَعَجز عَمَّنْ يَدْفَعُهَـا إِلَيْهِ كَمَـا سَبَقَ، والحَرِيقُ والْغَارَةُ فِي الْبُقْعَةِ وَإِشْـرَافِ الْحِرْزِ عَلَى الخَرَابِ أَعْذَارٌ كَالسَّفَرِ،

ولو حرزاً (وسافر ضمن) بها لأنه عرّضها للأخذ، هذا إذا لم يعلم بها من ذكره في قوله: (فإن أعلم بها أميناً) يجوز الإيداع عنده كما في الروضة (يسكن الموضع) الذي دفنت فيه، وهو حرز مثلها (لم يضمن في الأصح) لأن ما في الموضع في يد ساكنه فكأنه أودعه إياها فشرطه فقد القاضي الأمين، وقد علم من ذلك أن المراد الدفع إلى القاضي، أو إعلامه به، أو الدفع إلى الأمين، أو إعلامه به. والثاني: يضمن؛ لأن هذا إعلام لا إيداع لعدم التسليم، فإن أعلم أميناً لا يجوز الإيداع عنده ضمن كما في الروضة، وهذا الإعلام ليس بإشهاد على الأصح، بل ائتمان حتى تكفي فيه امرأة.

تنبيه: قوله: أعلم بها يشعر أنه لا يشترط رؤية الأمين لها وبه صرح الماوردي، وقوله: يسكن ليس بقيد، فإن مراقبة الحارس لها كالسكنى. وخرج بقولي: وهو حرز مثلها ما لم يكن كذلك، فإنه يضمنها جزماً، وإن أعلم بها غيره كما قاله الماوردي، ومن عوارض الضمان السفر كما قال: (ولو سافر بها) من حضر (ضمن) وإن كان الطريق أمناً وتلفت بسبب آخر كتقصيره بالسفر الذي حرزه دون حرز الحضر، أما لو أودعها المالك مسافراً فسافر بها أو منتجعاً فانتجع بها فلا ضمان لرضا المالك به، وله إذا قدم من سفره أن يسافر بها ثانياً لرضا المالك به ابتداء إلا إذا دلت قرينة على أن المراد إحرازها بالبلد فيمتنع ذلك كما ذكره القاضي وغيره، ثم استثنى من الضمان بالسفر قوله: (إلا إذا) أراد سفراً، و (وقع حريق) أو نهب (أو غارة وعجز) عند ذلك (عمن يدفعها إليه كما) أي بالترتيب الذي (سبق) فلا يضمن لقيام العذر، بل يلزمه السفر بها في حالة الخوف عليها، فإن لم يسافر بها كان مضيعاً لها. قال الشيخان: ويجوز أن يقال: إن كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر فله السفر بها، ونقل الأذرعي عن الدارمي ما يؤيده وهو حسن.

تنبيه: مقتضى كلام المصنف أنه لا بد في نفي الضمان من اجتماع الأمرين: العذر المذكور، والعجز عمن يدفعها إليه، وليس مراداً بل العجز كاف، فلو سافر بها عند العجز من غير عذر من حريق ونحوه لم يضمن على الأصح لئلا ينقطع عن مصالحه وتنفر الناس عن قبول الودائع، فإن حدث له في الطريق خوف أقام بها، فإن هجم عليه قطاع الطريق فطرحها بمضيعة ليحفظها فضاعت ضمن، وكذا لو دفنها خوفاً منهم عند إقبالهم، ثم أضل موضعها كما قاله القاضي وغيره إذ كان من حقه أن يصبر حتى تؤخذ منه فتصير مضمونة على آخذها (والحريق والغارة في البقعة وإشراف الحرز على الخراب) ولم يجد حرزاً هناك ينقلها إليه ونحو ذلك من سائر الأعذار (أعذار كالسفر) في جواز الإيداع عند غيره من غير ضمان عليه.

وإِذَا مَرِضَ مَرَضاً مَخُوفاً فَلْيَرُدَّهَا إِلَى المَالِكِ أَوْ وكِيلِهِ، وإلَّا فَالحَاكِمِ أَوْ إلى أَمِينٍ أَوْ يُوصِي بِهَا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ضَمِنَ، إلَّا إذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ بِأَنْ مَاتَ فَجْأَةً،

تنبيه: الغارة لغة قليلة والأفصح الإغارة، ومن عوارض الضمان ترك الإيصاء كما يعلم من قوله: **(وإذا مرض مرضاً مخوفاً فليردّها إلى المالك أو وكيله)** المطلق أو في قبضها. قال الأذرعي: والظاهر أن كل حالة تعتبر فيها الوصية من الثلث كما سبق كالمرض المخوف فيما ههنا اهـ، وفي الشرح والروضة هنا: وفي معنى المرض هنا الحبس ليقتل، وقد مرّ في الوصية أن الحبس للقتل ليس بمخوف، وتقدّم الفرق هناك بين البابين فليراجع **(وإلا)** بأن لم يمكنه ردّها إلى أحدهما **(فالحاكم)** الأمين يردّها إليه إن وجده أو يوصي بها إليه **(أو)** يردّها إن لم يجد الحاكم إلى **(أمين أو يوصي بها)** إليه كما لو أراد سفراً.

تنبيه: قضية كلامه لولا ما قدّرته التخيير بين الأمور الثلاثة، وليس مراداً، وحاصل ذلك أنه مخير عند القدرة على الحاكم بين الدفع إليه والوصية له، وعند العجز بين الدفع لأمين والوصية له، ولعله إنما أطلق استغناء بما قدّمه في أنه لا يودعها عند أمين إلا عند فقد القاضي، والمراد بالوصية الإعلام بها ووصفها بما يميزها أو يشير لعينها من غير أن يخرجها من يده ويأمر بالرد إن مات ولا بد مع ذلك من الإشهاد كما في الرافعي عن الغزالي وأسقطه من الروضة وجزم به في الكفاية، فإن اقتصر على عندي وديعة فكما لو لم يوص، فإن ذكر الجنس، فقال: عندي ثوب لفلان ضمن إن وجد في تركته أثواب لتقصيره في البيان وإن وجد ثوب واحد ضمن أيضاً في الأصح، ولا يدفع إليه الثوب الموجود، وقيل: يتعين الثوب الموجود **(فإن لم يفعل)** شيئاً مما ذكر في محله **(ضمن)** لتقصيره، فإنه عرّضها للفوات؛ لأن الوارث يعتمد يده ويدّعيها لنفسه، وكذا لو أوصى إلى فاسق أو أودعه.

تنبيه: محل الضمان بغير إيصاء وإيداع إذا تلفت الوديعة بعد الموت لا قبله على ما صرح به الإمام ومال إليه السبكي؛ لأن الموت كالسفر فلا يتحقق الضمان إلا به وهذا هو المعتمد. وقال الإسنوي: إنه بمجرّد المرض يصير ضامناً لها حتى لو تلفت بآفة في مرضه أو بعد صحته ضمنها كسائر أسباب التقصيرات، ومحله أيضاً في غير القاضي. أما القاضي إذا مات ولم يوجد مال اليتيم في تركته فلا يضمنه، وإن لم يوص به؛ لأنه أمين الشرع بخلاف سائر الأمناء ولعموم ولايته قاله ابن الصلاح. قال: وإنما يضمن إذا فرّط. قال السبكي: وهذا تصريح منه بأن عدم إيصائه ليس تفريط وإن مات عن مرض، وهو الوجه، وظاهر أن الكلام في القاضي الأمين، ونقل التصريح به عن الماوردي. أما غيره فيضمن قطعاً، والضمان فيما ذكر ضمان التعدّي بترك المأمور لا ضمان العقد كما اقتضاه كلام الرافعي **(إلا إذا لم يتمكن بأن)** أي كأن **(مات فجأة)** أو قتل غيلة فلا يضمن لعدم تقصيره.

تنبيه: هذا الاستثناء منقطع فإنه لم يدخل في قوله: وإذا مرض مرضاً مخوفاً ولو لم يوص

وَمِنْهَا إِذَا نَقَلَهَا مِنْ مَحِلَّةٍ أَوْ دَارٍ إِلَى أُخْرَى دُونَهَا فِي الحِرْزِ ضَمِنَ وإِلاَّ فَلاَ، ومِنْهَا أَنْ لاَ يَدْفَعَ مُتْلِفَاتِهَا، فَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً فَتَرَكَ عَلْفَهَا ضَمِنَ،

فادعى صاحبها أنه قصر، وقال الوارث: لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى تقصير، فالظاهر كما قال الإمام وأقراه براءة ذمته. قال الاسنوي: وهذا إنما قاله الإمام عند جزم الوارث بالتلف، فأما عند ذكره له احتمالاً فإنه صحح الضمان اهـ، لكن شيخنا جعل هذا من الجزم وصوّر عدم الجزم بقوله: بأن قال: عرفت الإيداع لكن لم أدر كيف كان الأمر، وأنا أجوّز أنها تلفت على حكم الأمانة فلم يوص بها لذلك فيضمنها لأنه لم يدع مسقطاً، وصحح السبكي أنه لا يقبل قولهم في دعوى التلف والرّد إلا ببينة، وسائر الأمناء كالمودع في هذا الحكم، وقد أفتى ابن الصلاح بأن العامل إذا مات ولم يوجد مال القراض بعينه في يده ضمن، وهو أولى بالتضمين من المودع؛ لأن الوديعة ليس له التصرف فيها بخلاف القراض **(ومنها)** أي عوارض الضمان **(إذا نقلها من محلة)** إلى محلة أخرى **(أو)** من **(دار)** إلى دار أخرى **(دونها في الحرز)** ولو كان حرز مثلها **(ضمن)** لأنه عرضها للتلف، سواء أنهاه عن النقل أم عين له تلك المحلة أم أطلق، بعيدتين كانتا أم قريبتين لا سفر بينهما ولا خوف كما يؤخذ ذلك من إطلاق المصنف، لكن يستثنى من إطلاقه ما لو **نقلها** بظن الملك فلا يضمن كما قاله في الكفاية بخلاف ما لو انتفع بها ظاناً أنها ملكه فتلفت، فإنه يضمن كما نقلاه في أوّل باب الغصب عن الإمام وأقرّاه **(وإلا)** بأن تساويا في الحرز أو كان المنقول إليه أحرز **(فلا)** يضمن لعدم تفريطه، وخرج بدار ما لو نقلها من بيت إلى آخر في دار واحدة أو خان واحد فلا ضمان، وإن كان الأوّل أحرز كما قاله البغوي، ونقلها من كيس أو صندوق إلى آخر إن كان ذلك للمودع فحكمه كالبيت في النقل، وإن كان للمالك فتصرفه فيها بالنقل المجرّد ليس بمضمن إلا إن فضل الختم، أو فتح القفل فيضمن في الأصح.

تنبيه: يستثنى من عدم الضمان مسائل: منها لو نقلها والطريق مخوف، ومنها ما لو نهاه المالك عن النقل ونقل بلا ضرورة، ومنها لو تلفت بسبب النقل كانهدام الدار المنقول إليها. قال الرافعي: والسرقة من المنقول إليه كالانهدام قاله البغوي والمتولي، ومنها ما لو كان الحرز المنقول منه لمالك الوديعة ملكاً أو إجارة أو إعارة، وإن كان المنقول إليه أحرز إذا لم يخف الهلاك فإنه يضمن في هذه المسائل كلها **(ومنها)** أي عوارض الضمان **(أن لا يدفع متلفاتها)** لوجوب الدفع عليه مع القدرة، لأنه من حفظها.

تنبيه: يستثنى من ذلك ما لو وقع في خزانة الوديع حريق فبادر لنقل أمتعته فاحترقت الوديعة لم يضمن، كما لو لم يكن فيها إلا ودائع فبادر لنقل بعضها فاحترق ما تأخر نقله كما نقله في الروضة كأصلها آخر الباب عن فتاوى القفال **(فلو أودعه دابة فترك علفها)** بإسكان اللام على المصدر أو سقيها مدّة يموت فيها بترك ذلك **(ضمن)** بها وإن لم تمت كما صرح به

فَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ فَلاَ عَلَى الصَّحِيحِ ،وإِنْ أَعْطَاهُ المَالِكُ عَلَفاً عَلَفَهَا مِنْهُ وإِلاَّ فَيُرَاجِعُهُ أَوْ وَكِيلَهُ، فَإِنْ فُقِدَا فَالحَاكِمُ، وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا لَمْ يَضْمَنْ في الأَصَحِّ،

في الروضة كأصلها، ونقله المصنف في نكته عن البغوي، سواء أمره المالك بعلفها وسقيها أم سكت لتعديه، فإنه يلزمه ذلك لحق الله تعالى، وبه يحصل الحفظ الذي التزمه بقبولها، وتختلف المدّة باختلاف الحيوانات والمرجع إلى أهل الخبرة بها، فإن ماتت دون المدّة لم يضمنها إلا إذا كان بها جوع أو عطش سابق وعلمه فيضمنها كما هو قضية كلام الروضة وأصلها، وقيل: يضمن القسط، ورجحه ابن المقري؛ لأنها تلفت بالأمرين، ويؤيد الأوّل ما لو جوع إنساناً وبه جوع سابق ومنعه الطعام أو الشراب مع علمه بالحال فإنه يضمن الجميع **(فإن نهاه عنه)** أي عن الطعام أو الشراب فمات بسبب ترك ذلك **(فلا)** يضمن **(على الصحيح)** للإذن في إتلافه فهو كما قال: اقتل دابتي فقتلها. والثاني: يضمن إذ لا حكم لنهيه عما أوجبه الشرع.

تنبيه: لو كانت الدابة ملكاً لغيره كأن أودع الوليّ حيوان محجوره. قال الزركشي: فيشبه أن نهيه كالعدم وسبقه إليه الأذرعي وقيده بعلم الوديع بالحال أي لقرار الضمان وإلا فيضمن مطلقاً، وهذا ظاهر، والخلاف المذكور في المتن في التضمين وعدمه كما ذكر. أما التأثيم فلا خلاف فيه لحرمة الروح، فعليه أن يأتي الحاكم ليجبر المالك على علفها وسقيها إن كان حاضراً، أو يأذن له في النفقة ليرجع عليه إن كان غائباً، هذا إذا نهاه لا لعلة، فإن كان كقولنج أو تخمة لزمه امتثال نهيه، فلو خالف وفعل قبل زوال العلة ضمن كذا أطلقاه. قال ابن شهبة: وينبغي أن يقيد الضمان بما إذا علم بعلتها **(وإن أعطاه المالك علفاً)** بفتح اللام اسم للمأكول ولم ينهه **(علفها)** في الأصح، ويجوز علفها **(منه، وإلا فيراجعه أو وكيله)** ليستردّها أو يعطي علفها أو يعلفها **(فإن فقدا)** بالتثنية بخطه أي المالك أو وكيله **(فالحاكم)** يراجعه ليقترض على المالك أو يؤجرها، ويصرف الأجرة في مؤنتها أو يبيع جزءاً منها أو جميعها إن رآه. قال الإمام: والقدر الذي يعلفها على المالك هو الذي يصونها عن التلف والتعييب لا ما يحصل به السمن، فإن فقد الحاكم تعاطى ذلك بنفسه وأشهد ليرجع، فإن لم يشهد لم يرجع في أحد وجهين هو المعتمد كما هو هرب الجمال. نعم لو كانت راعية. قال الزركشي: فالظاهر وجوب تسريحها مع ثقة، فلو أنفق عليها لم يرجع أي إذا لم يتعذر عليه من يسرّحها معه وإلا فيرجع **(ولو بعثها)** أي الدابة **(مع من)** أي أمين **(يسقيها)** أو يعلفها حيث يجوز إخراجها لذلك **(لم يضمن في الأصح)** لجريان العادة بذلك، والثاني: يضمن لإخراجها من حرزها على يد من لم يأتمنه المالك.

تنبيه: محلّ الخلاف إذا كان المبعوث معه أميناً كما مرّ ولا خوف، والوديع لا يخرج دوابه للسقي أو كونه لا يسقي وعادته سقي دوابه فمع غير الأمين والخوف يضمن قطعاً، ومع إخراج دوابه للسقي أو كونه لا يسقي دوابه بنفسه لا يضمن قطعاً، وقول المصنف دابة قد يفهم أنه لو

وَعَلَى الْمُودَعِ تَعْرِيضُ ثِيَابِ الصُّوفِ لِلرِّيحِ كَيْلَا يُفْسِدَهَا الدُّودُ، وَكَذَا لُبْسُهَا عِنْدَ حَاجَتِهَا، وَمِنْهَا أَنْ يَعْدِلَ عَنِ الحِفْظِ المَأْمُورِ وَتَلِفَتْ بِسَبَبِ الْعُدُولِ فَيَضْمَنُ، فَلَوْ قَالَ لَا تَرْقُدْ عَلَى الصُّنْدُوقِ فَرَقَدَ وَانْكَسَرَ بِثِقَلِهِ وَتَلِفَ مَا فِيهِ ضَمِنَ، وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِهِ فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ ،

أودعه نخلاً ولم يأمره بسقيه فتركه لا يضمن، وهو أحد الوجهين في الرّوضة وأصلها بلا ترجيح صححه الأذرعي، وفرّق بحرمة الروح. قال: والظاهر أن محل الوجهين فيما لا يشرب بعروقه وفيما لم ينهه عن سقيه وإن أودعه حنطة أو أرزاً أو نحو ذلك فوقع فيه السوس لزمه الدفع، فإن تعذر باعه الحاكم، فإن لم يجد تولاه بنفسه وأشهد كما قاله في الأنوار، ولو ترك شخص عند صاحب الخان مثلاً حماراً وقال له: احفظه كيلا يخرج فلاحظه فخرج في بعض غفلاته لم يضمنه؛ لأنه لم يقصر في الحفظ المعتاد **(وعلى المودع)** بفتح الدال **(تعريض ثياب الصوف)** ونحوه، كشعر ووبر وخزّ مركب من حرير وصوف ولبد، وكذا بسط وأكسية وإن لم تسمّ ثياباً عرفاً **(للرّيح كيلا يفسدها الدود، وكذا)** عليه أيضاً **(لبسها)** بنفسه إن لاق به **(عند حاجتها)** لتعبق بها رائحة الآدميّ فتدفع الدود، فإن لم يفعل ففسدت ضمن، سواء أمره المالك أم سكت، فإن نهاه المالك عن ذلك أو لم يعلم بها الوديع كأن كانت في صندوق مقفل فلا ضمان، أما ما لا يليق به لبسه لضيقه أو صغره أو نحو ذلك، فالظاهر كما قاله الأذرعي أنه يلبسه من يليق به لبسه بهذا القصد قدر الحاجة ويلاحظه، ولو كان لا يجوز له لبسه كأن كان خزّاً مركباً من صوف وحرير والأكثر حرير ولم يجد من يلبسه ممن يجوز له لبسه أو وجد ولم يرض إلا بأجرة هل يجوز له لبسه؟ لم أره من ذكره، والظاهر الجواز، ولو كانت ثياب الصوف كثيرة يحتاج لبسها إلى طول زمن يقابل بأجرة هل له أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجعل له أجرة في مقابلة لبسها؟ لم أر من ذكره أيضاً، والظاهر أن له ذلك، إذ لا يلزمه أن يبذل منفعته مجاناً كالحرز. قال الأذرعي: وكنشر الصوف تمشية الدابة وتسييرها المعتاد عند الخوف عليها من الزمانة لطول وقوفها، وجعل الزركشي هذا مثلاً، وجعل الضابط خوف الفساد **(ومنها)** أي عوارض الضمان **(أن يعدل)** في الوديعة **(عن الحفظ المأمور)** به فيها **(وتلفت بسبب العدول)** عنه إلى الوجه المعدول إليه **(فيضمن)** لأن التلف حصل من جهة المخالفة **(فلو)** عدل كأن **(قال)** له **(لا ترقد)** أي لا تنم **(على الصندوق)** الذي فيه الوديعة **(فرقد وانكسر بثقله وتلف ما فيه)** بانكساره **(ضمن)** لمخالفته المؤدّية إلى التلف **(وإن تلف بغيره)** أي بسبب غير الانكسار كسرقة **(فلا)** يضمن **(على الصحيح)** لأنه زاد خيراً، ولم يأت التلف مما جاء به، والثاني يضمن؛ لأن رقوده عليه يوهم السارق نفاسة ما فيه فيقصده.

تنبيه: صورة المسألة إذا كان في بيت محرز وأخذه السارق. أما لو سرق ما فيه من الصحراء من جانب كأن يرقد فيه إن لم يرقد عليه فإنه يضمن؛ لأنه إذا رقد عليه فقد أخلى

وَكَذَا لَوْ قَالَ لَا تُقْفِلْ عَلَيْهِ قُفْلَيْنِ فَأَقْفَلَهُمَا، وَلَوْ قَالَ ارْبِطِ الدَّرَاهِمَ فِي كُمِّكَ فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ فَتَلِفَتْ فَالمَذْهَبُ أَنَّهَا إِنْ ضَاعَتْ بِنَوْمٍ وَنِسْيَانٍ ضَمِنَ؛ أَوْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ فَلَا؛ وَلَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلاً عَنِ الرَّبْطِ فِي الْكُمِّ لَمْ يَضْمَنْ، وَبِالْعَكْسِ يَضْمَنُ،

جانب الصندوق، وربما لا يتمكن السارق من الأخذ إذا كان بجانبه بخلاف ما لو سرق من غير الجانب المذكور (**وكذا**) لا يضمن (**لو قال**) له (**لا تقفل**) بمثناة مضمومة وفاء مكسورة (**عليه**) أي الصندوق أصلاً فأقفل عليه، أو أقفل عليه قفلاً فقط فأقفل عليه (**قفلين**) أو لا تقفل عليه قفلين أو لا تغلق باب البيت (**فأقفلهما**) أو أغلق الباب لم يضمن في هذه الصور على الأصح؛ لأنه زاد احتياطاً، والثاني يضمن؛ لأنه أغرى السارق به.

تنبيه: محلّ الخلاف في بلد لم تجر عادتهم بذلك كما قاله صاحب العين، وإلا فلا ضمان جزماً (**ولو قال له: اربط الدراهم**) بكسر الموحدة في المشهور، وحكى ضمها (**في كمك**) أي شدّها فيه، وجمعه أكمام (**فأمسكها في يده فتلفت فالمذهب أنها إن ضاعت بنوم ونسيان**) أي أو نسيان كما في المحرّر (**ضمن**) لحصول التلف من جهة المخالفة؛ لأنها لو كانت مربوطة لم تضع بهذا السبب (**أو**) تلفت (**بأخذ غاصب**) لها من يده (**فلا**) يضمن لأن اليد أمنع للغصب حينئذ، والطريق الثاني إطلاق قولين، والطريق الثالث: إن اقتصر على الإمساك ضمن، وإن أمسك بعد الرّبط لم يضمن، وعلى الأوّل إذا امتثل أمره وربطها في الكمّ لم يكلف معه إمساكها باليد، بل إن كان الرّبط من خارج الكمّ فأخذها القاطع ضمن؛ لأن فيه إظهارها وتنبيه القاطع وإغراءه عليها لسهولة قطعه أو حله عليه حينئذ، لا إن استرسلت بانحلال العقد وضاعت وقد احتاط في الربط فلا ضمان؛ لأنها إذا انحلت بقيت الوديعة في الكمّ، أو كان الربط من داخل فبالعكس فيضمنها إن استرسلت لتناثرها بالانحلال لا إن أخذها القاطع لعدم تنبهه. فإن قيل: المأمور به مطلق الربط وقد أتى به فلا ينظر إلى جهة التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فحصل به التلف. أجيب بأن الرّبط ليس كافياً على أيّ وجه فرض، بل لا بدّ من تضمنه الحفظ، ولهذا لو ربط ربطاً غير محكم ضمن، وإن كان لفظ الربط يشمل المحكم وغيره. فإن قيل: لو قال: احفظ الوديعة في هذا البيت فوضعها في زاوية منه فانهدمت عليه لا يضمن، ولا يقال: لو كانت في زاوية أخرى لسلمت. أجيب بأن لفظ البيت متناول لكل من زواياه، والعرف لا يخصص موضعاً منه، ولو كان عليه قميصان فربط في التحتاني منهما لم يضمن، سواء أربطها داخل الكم أم خارجه كما بحثه الزركشي لانتفاء المعنى المذكور (**ولو جعلها في جيبه**) الذي في جنب قميصه أو لبته أو غير ذلك (**بدلاً عن الربط في الكم لم يضمن**) على الأصح؛ لأنه أحرز إلا إذا كان واسعاً غير مزرور فيضمن لسهولة تناولها باليد منه، وقيل: يضمن لمطلق المخالفة (**وبالعكس**) أي أمره بوضعها في الجيب فربطها في الكم (**يضمن**) قطعاً؛ لأن الجيب أحرز منه؛ لأنه قد يرسل الكم فتسقط

وَلَـوْ أَعْـطَاهُ دَرَاهِمَ بِالسُّوقِ وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّـةَ الْحِفْظِ فَرَبَـطَهَا فِي كُمِّـهِ وَأَمْسَكَهَا بِيَـدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِـهِ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ أَمْسَكَهَـا بِيَـدِهِ لَمْ يَضْمَنْ إِنْ أَخَـذَهَـا غَـاصِبٌ وَيَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ ، وَإِنْ قَالَ احْفَظْهَا فِي الْبَيْتِ فَلْيَمْضِ إِلَيْهِ وَيُحْرِزْهَا فِيهِ، فَإِنْ أَخَّرَ بِلَا عُذْرٍ ضَمِنَ،

(**ولو أعطاه دراهم بالسوق ولم يبين كيفية الحفظ**) فيها (**فربطها في كمه**) أو نحوه كعلى تكته كما قاله القاضي حسين، أو على طرف ثوبه (**وأمسكها بيده، أو**) لم يربطها بها (**جعلها في جيبه**) الضيق أو الواسع المزرور (**لم يضمن**) لأنه احتاط في الحفظ. أما إذا كان الجيب واسعاً غير مزرور فإنه يضمن كما مر لسهولة أخذها منه باليد. قال الماوردي: وكذا لو كان الجيب مثقوباً ولم يعلم به فسقطت أو حصلت بين ثوبيه ولم يشعر بها فسقطت ضمنها، وفي الكافي في باب الغصب: إذا كان الثقب موجوداً عند جعلها فيه ضمن، وإن حدث بعده فلا.

تنبيه: أفهم كلامه أنه لو اقتصر على الربط من غير إمساك أنه يضمن. قال في الرّوضة كأصلها: وقياس ما سبق النظر لكيفية الربط وجهة التلف، ولو وضعها في كمه ولم يربطها فسقطت، فإن كانت خفيفة لا يشعر بها ضمن لتفريطه في الإحراز وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمن، قاله الماوردي، هذا إذا لم يكن بفعله، فلو نفض كمه فسقطت ضمن وإن كان سهواً قاله القاضي، ولو وضعها في كور عمامته ولم يشدّها ضمن، وخرج بالسوق ما لو أعطاه دراهم في البيت وقال: احفظها فيه فإنه يلزمه الحفظ فيه فوراً، فإن أخر بلا مانع ضمن وإن لم يحفظها فيه وربطها في كمه أو شدّها في عضده لا مما يلي أضلاعه وخرج بها أو لم يخرج وأمكن إحرازها في البيت ضمن؛ لأن البيت أحرز من ذلك، بخلاف ما إذا شدّها في عضده مما يلي أضلاعه؛ لأنه أحرز من البيت. قال الأذرعي: ويجب تقييده بما إذا حصل التلف في زمن الخروج لا من جهة المخالفة وإلا فيضمن. قال الرافعي: وفي تقييدهم الصورة بما إذا قال: احفظها في البيت إشعار بأنه لو لم يقل ذلك جاز له أن يخرج بها مربوطة، ويشبه أن يكون المرجع فيه إلى العادة اهـ، وهذا هو الظاهر (**وإن أمسكها بيده لم يضمن إن أخذها غاصب ويضمن إن تلفت بغفلة أو نوم**) لتقصيره (وإن) دفع إليه دراهم بالسوق، و (**قال: احفظها في البيت فليمض إليه**) فوراً (**ويحرزها فيه**) عقب وصوله (**فإن أخر بلا عذر ضمن**) لتفريطه. قال السبكي: وينبغي أن يرجع فيه إلى العرف، وهو يختلف باختلاف نفاسة الوديعة وطول التأخير وضدهما. وقاله الفارقي: إن كان ممن عادته القعود بالسوق إلى وقت معلوم لاشتغاله بتجارة وغيرها فأخرها إلى ذلك الوقت لم يضمن، فإن لم تجر عادته بالقعود، ولا له وقت معلوم في المضيّ إلى البيت فأخرها ضمن، هذا عند الإطلاق. فأما إذا قال أحرزها الآن في البيت فقبل وأخرها ضمن مطلقاً اهـ. قال الأذرعي: وهذا متجه من جهة العرف، لكن المنقول في الشامل وحلية الروياني وغيرهما عن النص من غير مخالفة يردّه، فإنهم قالوا: لو

وَمِنْهَا أَنْ يُضَيِّعَهَا بِأَنْ يَضَعَهَا فِي غَيْرِ حِرْزِ مِثْلِهَا، أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهَا سَارِقاً أَوْ مَنْ يُصَادِرُ المَالِكَ، فَلَوْ أَكْرَهَهُ ظَالِمٌ حَتَّى سَلَّمَهَا إِلَيْهِ فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ فِي الأَصَحِّ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الظَّالِمِ،

قال له وهو في حانوته: احملها إلى بيتك لزمه أن يقوم في الحال ويحملها إليه، فلو تركها في حانوته ولم يحملها إلى البيت مع الإمكان ضمن اهـ وهذا هو المعتمد، ولا نظر إلى عادته؛ لأنه هو الذي ألزم نفسه ذلك، ولذلك قال بعضهم: ثلاثة أحرف شنيعة: ضان الضمان، وطاء الطلاق، وواو الوديعة، ولو قال: احفظ هذا في يمينك فجعله في يساره ضمن، وبالعكس لا يضمن؛ لأن اليمين أحرز؛ لأنها تستعمل أكثر غالباً. قال الأذرعي: لكن لو هلك للمخالفة ضمن، وقضية التعليل أنه لو كان أعسر انعكس الحكم، وأنه لو كان يعمل بهما على السواء كانا سواء **(ومنها)** أي عوارض الضمان **(أن يضيعها بأن يضعها)** بغير إذن مالكها **(في غير حرز مثلها)** ولو قصد بذلك إخفاءها؛ لأن الودائع مأمور بحفظها في حرز مثلها **(أو يدل)** بضم الدال **(عليها سارقاً)** بأن يعين له مكانها وتضيع بالسرقة كما في الروضة وأصلها **(أو)** يدل عليها **(من يصادر المالك)** فيها بأن عين له موضعها فضاعت بذلك لمنافاة ذلك للحفظ، بخلاف ما إذا أعلمه بها غيره؛ لأنه لم يلتزم حفظها، وبخلاف ما إذا ضاعت بغير ذلك أو به ولم يعين موضعها ولو أعلمه بها هو وغيره لا شيء على غيره وعليه هو الضمان لما مرّ.

تنبيه: قضية كلام المصنف أنه يضمن ولو أعلم المصادر بها مكرهاً وهو كذلك قال السبكي: وهذا يجب القطع به، وفرق بينه وبين المحرم إذا دلّ على صيد حيث لم يضمنه بأن الوديع التزم الحفظ بخلاف المحرم، وحمل الزركشي نقل الماوردي عن مذهب الشافعي أنه لا يضمن على قرار الضمان لا أنه لا يكون ضامناً، وقضية كلامه أيضاً حصر التضييع فيما ذكره وليس مراداً، بل منه الضياع بالنسيان، ومنه دفنها في حرز ثم ينساه. ومنه ما لو قعد في الطريق ثم قام ونسي الوديعة، ولو عين المالك للوديعة ظرفاً من ظروفه فنقلها الوديع منه إلى غيره منها وهو مساو له أو أعلى منه لم يضمن؛ لأن الظرف والمظروف وديعتان وليس فيه إلا حفظ أحدهما في حرز والآخر في آخر، وإن كان الثاني دون المعين ضمن، وإن كانت الظروف للوديع فكالبيوت فيما مر فيها، ولو نهاه عن دخول أحد عليها، أو عن الاستعانة على حفظها بحارث، أو عن الإخبار بها فخالفه فيه ضمن إن كان أخذها الداخل عليها أو الحارس لها أو تلفت بسبب الإخبار وإن لم يعين موضعها، وإن أخذها غير من ذكر أو تلفت لا بسبب الإخبار فلا ضمان، فقول العبادي: ولو سأله رجل هل عندك لفلان وديعة وأخبره ضمن؛ لأن كتمانها من حفظها محمول على الضمان بالأخذ لا بسبب آخر **(فلو أكرهه)** أي الوديع **(ظالم)** على تسليم الوديعة **(حتى سلمها إليه فللمالك تضمينه)** أي الوديع **(في الأصح)** لتسليمه والضمان يستوي فيه الاختيار والاضطرار **(ثم يرجع)** الوديع **(على الظالم)** لاستيلائه عليها. والثاني:

وَمِنْهَا أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا بِأَنْ يَلْبَسَ أَوْ يَرْكَبَ خِيَانَةً، أَوْ يَأْخُذَ الثَّوْبَ لِيَلْبَسَهُ أَوِ الدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا فَيَضْمَنُ،

ليس له تضمينه للإكراه ويطالب الظالم، وعلى الأوّل له مطالبة الظالم أيضاً، وخرج بقوله: سلمها إليه ما لو أخذها الظالم بنفسه قهراً من غير دلالة فالضمان عليه فقط جزماً. فإن قيل: رجح المصنف فيما لو أكره الصائم حتى أكل عدم الفطر مع موافقته على ترجيح التضمين هنا فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن هنا استيلاء على مالك الغير فضمناه، وفي الصوم فعله كلا فعل؛ لأنّ الحق فيه لله تعالى، ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع من إعلامه بها جهده، فإن ترك ذلك مع القدرة عليه ضمن. وله أن يحلف على ذلك لمصلحة حفظها. قال الأذرعي: ويتجه وجوب الحلف إذا كانت الوديعة رقيقاً والظالم يريد قتله، أو الفجور به، ويجب أن يورّى في يمينه إذا حلف وأمكنته التورية وكأن يعرفها لئلا يحلف كاذباً، فإن لم يورّ كفر عن يمينه؛ لأنه كاذب فيها، فإن حلف بالطلاق أو العتق مكرها عليه أو على اعترافه فحلف حنث؛ لأنه فدى الوديعة بزوجته أو رقيقه، وإن اعترف بها وسلمها ضمنها؛ لأنه فدى زوجته أو رقيقه بها، ولو أعلم اللصوص بمكانها فضاعت بذلك ضمن لمنافاة ذلك للحفظ لا إن أعلمهم بأنها عنده من غير تعيين مكانها فلا يضمن بذلك **(ومنها)** أي عوارض الضمان **(أن ينتفع بها بأن يلبس)** الثوب مثلاً **(أو يركب)** الدابة **(خيانة)** بخاء معجمة أي لا لعذر فيضمن لتعدّيه. قال المتولي: ومنه القراءة في الكتاب، وخرج بقوله: خيانة ركوب الجموح للسقي، أو خوف الزمانة عليها، ولبس الصوف ونحوه لدفع الدود ونحوه، وما لو أودعه خاتمه وأمره بلبسه في خنصره فجعله في بنصره فإنه لا يضمن؛ لأنه أحرز لكونه أغلظ إلا إن جعله في أعلاه، أو في وسطه، أو انكسر لغلظ البنصر فيضمن؛ لأن أسفل الخنصر أحفظ من أعلى البنصر ووسطه في غير الأخيرة وللمخالفة في الأخيرة، وإن قال له: اجعله في البنصر فجعله في الخنصر، فإن كان لا ينتهي إلى أصل البنصر فالذي فعله أحرز فلا ضمان وإلا ضمن، ولو لم يأمره بشيء فوضعه في الخنصر لا غيرها ضمن؛ لأنه استعمله بلا ضرورة، بخلاف ما لو وضعه في غيرها؛ لأن ذلك لا يعدّ استعمالاً. نعم إن قصد بلبسه فيها الحفظ لم يضمن، وغير الخنصر للمرأة في حفظها للخاتم كالخنصر؛ لأنها قد تتختم في غيره. قال الإسنوي: والخنثى يحتمل إلحاقه بالرجل إذا لبس الخاتم في غير خنصره؛ لأن الأصل عدم الضمان، ويحتمل مراعاة الأغلظ هنا وهو التحاقه بالمرأة كما غلظنا في إيجاب الزكاة فألحقناه بالرجل اهـ وهذا الثاني هو المتجه.

تنبيه: يستثنى من مفهوم قول المصنف خيانة ما لو استعمل الوديعة ظاناً أنها ملكه فيضمن مع أنه لا خيانة كما في الروضة وأصلها في باب الغصب عن جزم الإمام **(أو يأخذ الثوب)** من محله **(ليلبسه أو الدراهم)** من محلها **(لينفقها)** غير ظانّ أنها ملكه **(فيضمن)** بما ذكر وإن لم يلبس ولم ينفق لاقتران الفعل بنية التعدّي، فإن تلف المأخوذ في يده ضمنه، فإن

وَلَوْ نَوى الأَخْذَ وَلَمْ يَأْخُذْ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ وَلَمْ تَتَمَيَّزْ ضَمِنَ،

مضت في يده مدّة بعد التعدّي وجب عليه أجرة مثل تلك المدّة، فيحمل قول المصنف فيضمن على أن ذلك صار مضموناً عليه كالمغصوب حتى يتناول ضمان العين في صورة التلف والأجرة عند مضيّ المدة، وعلى ذلك حمل المصنف في نكته كلام التنبيه، أما إذا أخذها ظاناً أنها ملكه فإنه لا يضمنها إلا إن انتفع بها كما مرّ.

تنبيه: احترز بقوله: الدراهم عما لو أخذ بعضها كأن أخذ منها درهماً لينتفع به، فإن ردّ بدله إليها لم يملكه المالك إلا بالدفع إليه ولم يبرأ عن ضمانه، ثم إن لم يتميز عنها ضمن الجميع لخلط الوديعة بمال نفسه، وإن تميز عنها فالباقي غير مضمون عليه، وإن تميز عن بعضها لمخالفته له بصفة كسواد وبياض وسكة ضمن ما لا يتميز خاصة، وإن ردّه بعينه إليها لم يضمن غيره من بقية الدراهم، وإن تلفت كلها، أو لم يتميز هو عنها لاختلاطه بها؛ لأن هذا الخلط كان حاصلاً قبل الأخذ، وإن تلف نصفها ضمن نصف الدراهم فقط، هذا كله إذا لم يفتح قفلاً عن صندوق، أو ختماً عن كيس فيه الدراهم، فإن فتحه، أو أودعه دراهم مثلاً مدفونة فنبشها ضمن الجميع وإن لم يأخذ شيئاً؛ لأنه هتك الحرز، وفي ضمان الصندوق والكيس وجهان أوجههما كما قاله شيخنا الضمان؛ لأنهما من الوديعة، ولو فتح الربط الذي يشدّ به رأس الكيس لم يضمن؛ لأن القصد منه منع الانتشار إلا أن يكون مكتوماً عنه فيضمن، ولو خرق الكيس من فوق الختم لم يضمن إلا نقصان الخرق. نعم إن خرقه متعمداً ضمن جميع الكيس، ولو عدّ الدراهم المودوعة، أو وزنها، أو ذرع الثوب كذلك ليعرف قدر ذلك لم يضمنه كما جزم به صاحب الأنوار؛ لأن الشرع ورد بذلك في اللقطة، وهي أمانة شرعية، فهذه أولى **(ولو نوى الأخذ)** للوديعة خيانة، أو نوى تعييبها **(ولم يأخذ)** ولم يعيب **(لم يضمن على الصحيح)** المنصوص؛ لأنه لم يحدث فعلاً. والثاني: يضمن كما لو نواه ابتداء، وأجاب الأوّل بأن النية في الابتداء اقترنت بالفعل فأثرت ولا كذلك هنا.

تنبيه: محل الخلاف في التضمين. أما التأثيم فلا خلاف أنه يأثم بنية الأخذ، وأفهم كلامه أنه إذا أخذها يضمن من وقت نية الأخذ حتى لو نوى يوم الخميس وأخذ يوم الجمعة يضمن من يوم الخميس، والمراد بالنية كما قال الإمام تجريد القصد لأخذها. فأما ما يخطر بالبال وداعية الدين تمنعه فلا حكم له، وإن تردّد الرأي ولم يجزم قصداً، فالظاهر عندنا أنه لا حكم له حتى يجرّد قصد العدوان **(ولو خلطها)** أي الوديعة **(بماله)** وإن قلّ كما قاله الإمام **(ولم تتميز ضمن)** لأن المودع لم يرض بذلك، فإن تميزت بسكة أو عتق، أو حداثة، أو كانت دراهم فخلطها بدنانير لم يضمن. نعم إن حدث بالخلط نقص ضمنه. قال الزركشي: وليس الضابط التمييز بل سهولته حتى لو خلط حنطة بشعير مثلاً كان مضمناً فيما يظهر اهـ وهذا ظاهر إذا عسر التمييز.

وَلَوْ خَلَطَ دَرَاهِمَ كِيْسَيْنِ لِلْمُودِعِ ضَمِنَ فِي الأَصَحِّ، وَمَتَى صَارَتْ مَضْمُونَةً بِانْتِفَاعٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ تَرَكَ الْخِيَانَةَ لَمْ يَبْرَأْ، فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ الْمَالِكُ اسْتِئْمَاناً بَرِىءَ فِي الأَصَحِّ، وَمَتَى طَلَبَهَا الْمَالِكُ لَزِمَهُ الرَّدُّ بِأَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا،

تنبيه: قوله ضمن أي الوديعة بالمثل إن كانت مثلية، وبأقصى القيم إن كانت متقوّمة كالمغصوب، ويملك الوديعة كما صرّحا به في باب الغصب فيما إذا خلط الحنطة والزيت ونحوهما بمثلهما له، إذ الذي لا يتميزها لك حتى ينتقل ذلك إليه ويترتب في ذمته الغرم **(ولو خلط دراهم كيسين)** مثلاً غير مختومين **(للمودع)** ولم تتميز بسهولة **(ضمن في الأصح)** لتعدّيه، والثاني: لأن كلاً لمالك واحد. أما إذا كانا مختومين أو أحدهما فإنه يضمن بالفض وإن لم يخلط كما مرّ، وإن كانت لمودعين فأولى بالضمان، ولو قطع الوديع يد الدابة المودعة، أو أحرق بعض الثوب المودع عنده خطأ ضمن المتلف فقط دون الباقي لعدم تعدّيه فيه أو شبه عمد أو عمداً ضمنهما جميعاً لتعديه. فإن قيل: هذا يخالف تسويتهم الخطأ بالعمد في الضمان. أجيب بأن محل التسوية في ضمان الإتلاف كما في بعض المتلف في مسألتنا لا في ضمان التعدّي كما في الباقي فيها إذ لا تعدي فيه **(ومتى صارت)** أي الوديعة **(مضمونة بانتفاع وغيره)** مما مرّ **(ثم ترك الخيانة لم يبرأ)** من الضمان، ولا يجوز له بعد التعدّي حفظها كما في فتاوى البغوي، بل عليه ردّها، بخلاف المرهون في يد المرتهن والمال في يد الوكيل بعد تعديهما **(فإن أحدث له المالك استئماناً)** كقوله: استأمنتك عليها، أو أبرأتك من ضمانها، أو أمره بردّها إلى الحرز **(بريء في الأصح)** لأنه أسقط حقه. والثاني: لا يبرأ حتى يردّها إليه أو إلى وكيله لخبر: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ».

تنبيه: احترز بقوله: أحدث عما لو قال له في الابتداء أودعتك، فإن خنث ثم تركت الخيانة عدت أميناً فخان ثم ترك الخيانة فلا يعود أميناً قطعاً كما نقلاه عن المتولي وأقرّاه؛ لأنه إسقاط ما لم يجب وتعليق للوديعة. قال الأذرعي: ولا خفاء أن هذا الاستئمان إنما هو للمالك خاصة لا للولي والوكيل ونحوهما بل لا يجوز لهم ذلك، ولو فعلوه لم يعدّ أميناً قطعاً. ولو أتلف الوديع الوديعة ثم أحدث له المالك استئماناً في البدل لم يبرأ بلا خلاف؛ لأنّ الواجب عليه أن يردّ البدل إلى المالك. ثم شرع في الحكم الثالث، وهو ردّها عند بقائها على مالكها إذا طلبها فقال: **(ومتى طلبها)** أي الوديعة **(المالك)** أو وارثه بعد موته وهو أهل للقبض **(لزمه)** أي الوديع **(الردّ)** لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]. أما إذا لم يكن أهلاً للقبض كمحجور عليه فلا يلزمه الردّ إليه، بل يحرم، فإن ردّ عليه ضمن، ولو ردّ على المالك في حال سكره. قال القفال في فتاويه: يحتمل أن يقال: لا ضمان؛ لأن السكران مخاطب بخلاف الصبي اهـ وهذا ظاهر، وليس المراد بردّ الوديعة حملها إلى مالكها بل يحصل **(بأن يخلي بينه وبينها)** فقط وليس له أن يلزم المالك الإشهاد، وإن كان أشهد عليه عند الدفع

فَإنْ أَخَّرَ بِلَا عُذْرٍ ضَمِنَ، وَإِنِ ادَّعىٰ تَلَفَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ سَبَباً أَوْ ذَكَرَ خَفِيًّاً كَسَرِقَةٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ،

فإنه يصدق في الدفع، بخلاف ما لو طلبها وكيل المودع؛ لأنه لا يقبل قوله في دفعها إليه، ولو كان الذي أودعه حاكماً ثم طلبه فعليه أن يشهد له بالبراءة؛ لأنه لو عزل لم يقبل قوله، قاله الأصطخري في أدب القضاء. قال الزركشي: ويجيء مثله إذا كان المودع ينوب عن غيره بولاية أو وصية، ولو أودع شخص يعرف باللصوصية وديعة عند آخر وغلب على ظنّ الوديع أنها لغيره ثم طالبه بالردّ هل يلزمه أو يتوقف فيه ويطلب صاحبها فإذا لم يظهر مع امتداد الزمان ردّه؟ احتمالان في البحر، والذي يظهر أنه ليس له امتناع لظاهر اليد، ولو بعث شخص رسولاً لقضاء حاجة وأعطاه خاتمه أمارة لمن يقضي له الحاجة وقال: ردّه عليّ بعد قضائها فوضعه بعد قضائها في حرز مثله لم يضمن إذ لا يجب عليه إلا التخلية لا النقل، ولو قال من عنده وديعة لمالكها: خذ وديعتك لزمه أخذها كما في البيان، وعلى المالك مؤنة الردّ.

تنبيه: ما ذكره المصنف حيث لا شريك للمودع، فلو أودعه اثنان وجاء أحدهما يستردّ نصيبه لم يدفعه إليه كما جزم به الرافعي؛ لأنهما اتفقا في الإيداع فكذا في الاسترداد بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه، واحترز بتفسير الردّ بالتخلية عن ردّ الأمانات الشرعية كثوب طيرته الريح في داره، فإن ردّها بالإعلام بحصولها في يده **(فإن أخر)** ردّ الوديعة بالمعنى المذكور **(بلا عذر ضمن)** لتعدّيه، فإن تأخر لعذر كصلاة وطهارة وليل وملازمة غريم وأكل لم يضمن، هذا إن كان العذر لا يطول زمنه، فإن كان يطول كنذر اعتكاف شهر مثلاً أو إحرام يطول زمنه. قال الأذرعي: فينبغي أن يقال: إن تمكن من توكيل أمين متبرع يخلي بينها وبين ربها لزمه ذلك، فإن أخر ضمن، فإن لم يمكن ذلك فليرفع المالك الأمر إلى الحاكم ليبعث إليه بعد ثبوت الإيداع عنده أن يبعث معه من يخلي بينه وبينها، فإن أبى بعث الحاكم معه أميناً يسلمها إليه كما لو كان الوديع غائباً اهـ ولو قال له المالك: أعط وكيلي فلاناً وتمكن ضمن بالتأخير ولو لم يطالبه الوكيل، وكذا من يعرف مالك الضالة وما طيرته الريح وإن أخر عن وكيل حتى يشهد عليه لم يضمن لما مرّ أنه لا يقبل قوله في الردّ إليه أو ليعطي آخر وقد قال له: أعطها أحد وكلائي ضمن، فإن قال مع ذلك ولا تؤخر فأخر عصى أيضاً، فإن قال: أعط من شئت منهم لم يعص بالتأخير ولم يضمن في أحد وجهين، رجحه الأذرعي **(وإن ادّعى تلفها ولم يذكر)** له **(سبباً أو ذكر)** له سبباً **(خفياً كسرقة صدّق)** في ذلك **(بيمينه)** بالإجماع كما قاله ابن المنذر؛ لأنه ائتمنه فليصدّقه ولا يلزمه بيان السبب في الأولى. نعم يلزمه أن يحلف له أنها تلفت بغير تفريط، وإذا نكل عن اليمين عند ذكر السبب الخفيّ حلف أي المالك على نفي العلم، وقيل: على البتّ والغصب كالسرقة كما قاله البغوي. وقال الرّافعي: إنه الأقرب، وقيل: كالموت، ورجحه المتولي. وقال الأذرعي: إن ادّعى وقوعه في مجمع طولب ببينة وإلا فلا اهـ، وينبغي حمل الكلامين على ذلك.

وَإِنْ ذَكَرَ ظَاهِراً كَحَرِيقٍ فَإِنْ عُرِفَ الحَرِيقُ وَعُمُومُهُ صُدِّقَ بِلَا يَمِينٍ، وَإِنْ عُرِفَ دُونَ عُمُومِهِ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ جُهِلَ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ، ثُمَّ يُحَلَّفُ عَلَى التَّلَفِ بِهِ، وَإِنِ ادَّعَى رَدَّهَا عَلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، أَوْ عَلَى غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ أَوِ ادَّعَى وَارِثُ المُودَعِ الرَّدَّ عَلَى المَالِكِ أَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَمِيناً فَادَّعَى الأَمِينُ الرَّدَّ عَلَى المَالِكِ طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ،

تنبيه: شمل إطلاق دعوى السرقة ما لو طلبها المالك، فقال: أردّها ولم يخبره بالسرقة ثم طالبه فأخبره. وقال العبادي: إن كان يرجو وجودها فلا ضمان، وإن أيس منها ضمن، نقله عنه الزركشي وأقرّه، والإطلاق أظهر **(وإن ذكر)** سبباً **(ظاهراً كحريق، فإن عرف الحريق وعمومه)** ولم يحتمل سلامة الوديعة كما قاله ابن المقري **(صدّق بلا يمين)** لأن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين. أما إذا احتمل سلامتها بأن عمّ ظاهراً لا يقيناً فيحلف لاحتمال سلامتها كما قاله البلقيني **(وإن عرف)** الحريق **(دون عمومه صدّق بيمينه)** لاحتمال ما ادّعاه **(وإن جهل)** ما ادّعاه من السبب الظاهر **(طولب ببينة)** عليه **(ثم يحلف على التلف به)** لاحتمال أنها لم تتلف به، ولا يكلف البينة على التلف به؛ لأنه مما يخفى فإن لم تقم بينة أو نكل عن اليمين حلف المالك على نفي العلم بالتلف واستحق **(وإن ادّعى)** وهو مستمرّ على أمانته **(ردّها على من ائتمنه)** من مالك وحاكم ووليّ ووصيّ وقيم **(صدّق بيمينه)** وإن أشهد عليه بها عند دفعها لأنه ائتمنه. أما لو ضمنها بتفريط أو عدوان فإنه لا يقبل دعواه ردّها.

تنبيه: ما ذكره المصنف يجري في كل أمين كوكيل وشريك وعامل قراض وجاب في ردّ ما جباه على الذي استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح، وأمين ادّعى الردّ على الوديع إذا أودعه عند سفره؛ لأنه ائتمنه بناء على أن للوديع الاسترداد إذا عاد من سفره، وهو المعتمد، بخلاف ما إذا ادّعى الرّدّ إلى المالك؛ لأنه لم يأتمنهما. وضابط الذي يصدق بيمينه في الرّدّ هو كل أمين ادّعى الردّ على من ائتمنه إلا المرتهن والمستأجر فإنهما يصدقان في التلف لا في الردّ؛ لأنهما أخذا العين لغرض أنفسهما. وقال ابن القاص وغيره: كل مال تلف في يد أمين من غير تعدّ لا ضمان عليه إلا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حولها فتلفت في يده فيضمنها لهم أي في بعض صورها المقرّرة في محلها. وقول الزركشي: ويلحق بها ما لو اشترى عيناً وحبسها البائع على الثمن ثم أودعها عند المشتري فتلفت فإنها من ضمانه ويتقرّر عليه الثمن ممنوع، بل الرّاجح أنه لا يتقرّر عليه، فهو كما لو تلف في يد البائع كما هو مذكور في باب المبيع قبل قبضه **(أو)** ادّعى الردّ **(على غيره)** أي غير من ائتمنه **(كوارثه)** أي المالك **(أو)** ادّعى وارث المودع بفتح الدال **(الردّ)** للوديعة منه لا من مورثه **(على المالك أو أودع عند سفره أميناً فادّعى الأمين الردّ على المالك طولب)** كل ممن ذكر **(ببينة)** بالردّ على من ذكر، إذ الأصل عدم الردّ ولم يأتمنه. أما إذا ادّعى الوارث الردّ من مورثه فإنه يصدق بيمينه لدخول ذلك في الضابط المتقدّم، وصرّح به البغوي، وقال الرافعي:

وَجُحُودُهَا بَعْدَ طَلَبِ المَالِكِ مُضَمِّنٌ.

وهو الوجه؛ لأن الأصل عدم حصولها في يده. وقال ابن أبي الدم: إنه الأصح، وخالف في ذلك المتولي وقال: يطالب بالبينة **(وجحودها)** بلا عذر **(بعد طلب المالك)** لها **(مضمن)** كخيانته. أما لو جحدها بعذر كأن طالب المالك بها ظالم فطلب المالك الوديع بها فجحدها دفعاً للظالم أو جحدها بلا طلب من مالكها، وإن كان الجحد بحضرته كقوله ابتداء: لا وديعة عندي لأحد فإنه لا يضمن؛ لأن إخفاءها أبلغ في حفظها ولو لم يطلبها المالك، ولكن قال لي: عندك وديعة فأنكر لم يضمن أيضاً على الأصح؛ لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح، ولو جحدها بعد الطلب ثم قال: كنت غلطت أو نسيت لم يبرأ إلا أن يصدّقه المالك.

فائدة: سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعة مضت عليها مدّة طويلة ولم يعرف صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التامّ، فقال: يصرفها في أهمّ مصالح المسلمين، ويقدّم أهل الضرورة ومسيس الحاجة، ولا يبني بها مسجداً، ولا يصرفها إلا فيما يجب على الإمام العادل صرفها فيه، وإن جهله فليسأل أورع العلماء بالمصالح الواجبة التقديم.

خاتمة: لو تنازعا الوديعة اثنان بأن ادّعى كل منهما أنها ملكه فصدّق الوديع أحدهما بعينه فللآخر تحليفه، فإن حلف سقطت دعوى الآخر، وإن نكل حلف الآخر وغرم له الوديع القيمة، وإن صدّقهما فاليد لهما والخصومة بينهما، وإن قال: هي لأحدكما ونسيته وكذباه في النسيان ضمن كالغاصب، والغاصب إذا قال المغصوب لأحدكما وأنسيته فحلف لأحدهما على البتّ أنه لم يغصبه تعين المغصوب للآخر بلا يمين، ولو ادّعى الوارث علم الوديع بموت المالك وطلب منه الوديعة فله تحليفه على نفي العلم بذلك، فإن نكل حلف الوارث وأخذها، وإن قال الوديع: حبستها عندي لأنظر هل أوصى بها مالكها أم لا فهو متعدّ ضامن، ولو أودعه ورقة مكتوباً فيها الحقّ المقرّ به وتلفت بتقصير ضمن قيمتها مكتوبة وأجرة الكتابة كذا قالاه. فإن قيل: هذا لا وجه له فإن الورقة المكتوبة متقوّمة فإذا تلفت لزمه قيمتها ولا نظر لأجرة الكتابة، ولو صحّ هذا للزم أنه لو أتلف على غيره ثوباً مطرّزاً غرم قيمته وأجرة التطريز، وهذا لا يقوله أحد، والغاصب إنما يغرم القيمة فقط كما أجاب به الماوردي وغيره، فالصواب لزومها فقط. أجيب بأن التطريز يزيد قيمة الثوب غالباً، ولا كذلك الكتابة فإنها قد تنقصها، وعلى هذا لا فرق بين الكتاب الكامل وغيره.

كِتَابُ قَسْمِ الفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ

الْفَيْءُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِلَا قِتَالٍ، وَإِيجَافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ

كِتَابُ قَسْمِ الفَيْءِ والْغَنِيمَةِ

هذا شطر بيت موزون، والقَسْم بفتح القاف مصدر قسمت الشيء، والفَيْء مصدر فاء يفيء إذا رجع، ثم استعمل في المال الراجع من الكفار إلينا من استعمال المصدر في اسم الفاعل؛ لأنه راجع، والمفعول لأنه مردود. وقال القفال في المحاسن: سمي الفيء بذلك لأن الله تعالى خلق الدنيا وما فيها للاستعانة على طاعته، فمن خالفه فقد عصاه وسبيله الردّ إلى من يطيعه، وهذا المعنى يشمل الغنيمة أيضاً فلذلك قيل اسم الفيء يشملها دون العكس، ومن ذلك قولهم: يسنّ وسم نعم الفيء، وقيل: اسم كل منهما على الآخر، فإن جمع بينهما افترقا كالفقير والمسكين، والمشهور تغايرهما كما ذكره المصنف، والغنيمة فعيلة بمعنى مفعولة من الغنم وهو الربح استعملت شرعاً في ربح من الكفار خاص، وسميت بذلك لأنها فضل وفائدة محضة، والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾ [الحشر: ٧] وقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٤١] الآيتين، وفي حديث وفد عبد القيس وقد فسر لهم رسول الله ﷺ الإيمان «وأنْ تُعْطُوا مِنَ الْمَغْنَمِ الخُمسَ»(١) متفق عليه، ولم تحلّ الغنائم لأحد قبل الإسلام بل كانت الأنبياء إذا غنموا مالاً جمعوه فتأتي نار من السماء تأخذه، ثم أحلت للنبي ﷺ فكانت في صدر الإسلام له خاصة؛ لأنه كالمقاتلين كلهم نصرة وشجاعة بل أعظم يصنع فيها ما يشاء، وعليه يحمل إعطاؤه ﷺ من لم يشهد بدراً ثم نسخ ذلك واستقرّ الأمر على ما يأتي، وذكر صاحب التنبيه وغيره هذا الكتاب بعد كتاب الجهاد، وهو أنسب، وذكره المصنف هنا اقتداء بالمزني وغيره، فقال: **(الفيء: مال)** أو نحوه ككلب ينتفع به **(حصل)** لنا **(من كفار)** مما هو لهم **(بلا قتال و)** لا **(إيجاف)** أي إسراع **(خيل و)** لا سير **(ركاب)** أي إبل ونحوها كبغال وحمير وسفن ورجالة، وخرج بزيادة لنا ما حصله أهل الذمة من أهل الحرب فإنه لا ينزع منهم وبزيادة مما هو لهم ما أخذوه من مسلم أو ذميّ أو نحوه بغير حق فإنا لم نملكه بل يردّ على مالكه إن عرف وإلا فيحفظ.

تنبيه: اعتبر المصنف في حصول الفيء انتفاء القتال وإيجاف الخيل والركاب، وهذا

(١) أخرجه البخاري ١/ ١٢٩ (٥٣) ومسلم ١/ ٤٧ (٢٤ ـ ١٧).

كَجِزْيَةٍ وَعُشْرِ تِجَارَةٍ، وَمَا جَلَوْا عَنْهُ خَوْفاً وَمَالِ مُرْتَدٍ قُتِلَ أَوْ مَاتَ وَذِمِّيٍّ مَاتَ بِلَا وَارِثٍ فَيُخَمَّسُ، وَخُمُسُهُ لِخَمْسَةٍ: أَحَدُهَا مَصَالِحُ الْمُسْلِمِينَ كَالثُّغُورِ وَالْقُضَاةِ وَالْعُلَمَاءِ

يصدق بانتفاء المجموع وبانتفاء كل واحد على انفراده، والمراد هو الثاني، فإن واحداً من الثلاثة كاف في حصول اسم الغنيمة فلا يكون فيئاً حتى تنتفي الثلاثة، فكان ينبغي أن يقول: ولا إيجاف خيل ولا ركاب كما قدّرته في كلامه، وأجاب بعض المتأخرين عنه بأن الواو في كلامه بمعنى أو أي الفيء ما حصل عند انتفاء أحد هذه الثلاثة، وهو أعمّ من كل واحد منها، والأعمّ إذا انتفى ينتفي الأخصّ لانتفاء الإنسان بانتفاء الحيوان. وقال بعضهم: إنما يظهر كون الواو بمعنى أو في جانب الإثبات في حدّ الغنيمة. وأما في جانب النفي في حدّ الفيء فالواو على بابها، والمراد انتفاء كل واحد على انفراده كما مر، وهذا أظهر، ثم ذكر أنواعاً ستة من الفيء أشار لها بقوله: (**كجزية وعشر تجارة**) من كفار شرطت عليهم إذا دخلوا دارنا، وخراج ضرب عليهم على اسم جزية (**وما جلوا**) أي تفرقوا (**عنه خوفاً**) من المسلمين أو غيرهم (**ومال مرتدّ قتل أو مات**) على الردّة (**وذمي**) أو نحوه (**مات بلا وارث**) أو ترك وارثاً غير حائز.

تنبيه: هذا التعريف ليس بجامع فإن المال يخرج الاختصاصات مع أنها فيء كما مرّ، فلو قال: ما حصل كان أولى، وليس بمانع لدخول ما حصل من سرقة أو هبة ونحو ذلك كلقطة فإنه غنيمة لا فيء وما أهدوه لنا في غير الحرب فإنه ليس بفيء كما أنه ليس بغنيمة بل هو لمن أهدى له، وأما ما أهدوه لنا والحرب قائمة فهو غنيمة كما سيأتي، ولو حذف المصنف لفظ الخوف لكان أولى ليدخل المال الذي جلوا عنه لضرّ أصابهم أو صولحوا عليه بلا قتال فإنه فيء وإن لم يكن خوف. ثم أشار لحكم الفيء بقوله: (**فيخمس**) جميعه خمسة أخماس متساوية كالغنيمة خلافاً للأئمة الثلاثة حيث قالوا: لا يخمس بل جميعه لمصالح المسلمين. لنا قوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ﴾ [الحشر: ٧] الآية، فأطلق ههنا، وقيد في الغنيمة فحمل المطلق على المقيد جمعاً بينهما لاتحاد الحكم فإن الحكم واحد، وهو رجوع المال من المشركين للمسلمين وإن اختلف السبب بالقتال وعدمه كما حملنا الرقبة في الظهار على المؤمنة في كفارة القتل، وكان ﷺ يقسم له أربعة أخماسه وخمس خمسه، ولكل من الأربعة المذكورين معه في الآية خمس خمس. وأما بعده ﷺ فيصرف ما كان له من خمس الخمس لمصالحنا، ومن الأخماس الأربعة للمرتزقة كما تضمن ذلك قول المصنف (**وخمسه**) أي الفيء (**لخمسة**) فالقسمة من خمسة وعشرين (**أحدها: مصالح المسلمين**) فلا يصرف منه شيء لكافر، ثم مثل المصنف للمصالح بقوله: (**كالثغور**) جمع ثغر: أي سدّها وشحنها بالعدد. والمقاتلة، وهي مواضع الخوف من أطراف بلاد الإسلام التي تليها بلاد المشركين فيخاف أهلها منهم، وكعمارة المساجد والقناطر والحصون (**و**) أرزاق (**القضاة**) والأئمة (**والعلماء**) بعلوم تتعلق بمصالح المسلمين، كتفسير وحديث وفقه وطلبة هذه العلوم.

تنبيه: نبه المصنف رحمه الله تعالى بالعلماء على كل ما فيه مصلحة عامة للمسلمين

يُقَدَّمُ الأَهَمُّ، وَالثَّانِي بَنُو هَاشِمٍ وَالمُطَّلِبِ

كالأئمة ومعلمي القرآن والمؤذنين؛ لأن الثغور حفظ المسلمين ولئلا يتعطل من ذكر بالاكتساب عن الاشتغال بهذه العلوم وعن تنفيذ الأحكام وعن التعليم والتعلم فيرزقون ما يكفيهم ليتفرّغوا لذلك، قال الزركشي نقلاً عن الغزالي: تعطى العلماء والقضاة مع الغنى وقدر المعطي إلى رأي السلطان بالمصلحة، ويختلف بضيق المال وسعته. قال الغزالي: ويعطي أيضاً من ذلك العاجز عن الكسب لا مع الغنى، والمراد بالقضاة غير قضاة العسكر. أما قضاتهم الذين يحكمون لأهل الفيء في مغزاهم فيرزقون من الأخماس الأربعة لا من خمس الخمس كما قاله الماوردي. قال: وكذا أئمتهم ومؤذنوهم وعمالهم (**يقدّم الأهمّ**) فالأهمّ منها وجوباً، وأهمها كما في التنبيه سدّ الثغور؛ لأن فيه حفظ المسلمين.

تنبيه: قال في الإحياء: لو لم يدفع السلطان إلى المستحقين حقوقهم من بيت المال، فهل يجوز لأحدهم أخذ شيء من بيت المال؟ فيه أربعة مذاهب: أحدها: لا يجوز أخذ شيء أصلاً؛ لأنه مشترك ولا يدري قدر حصته منه. قال: وهذا غلو، والثاني: يأخذ كل يوم قوت يوم، والثالث: يأخذ كفاية سنة، والرابع: يأخذ ما يعطي وهو حصته. قال: وهذا هو القياس؛ لأن المال ليس مشتركاً بين المسلمين كالغنيمة بين الغانمين والميراث بين الورثة؛ لأن ذلك ملك لهم، حتى لو ماتوا قسم بين ورثتهم، وهنا لو مات لم يستحق وارثه شيئاً اهـ وأقرّه في المجموع على هذا الرابع وهو ظاهر، وفي فتاوى المصنف: لو غصب من جماعة من كل واحد شيئاً معيناً وخلط الجميع ثم فرّق عليهم جميع المختلط على قدر حقوقهم فإنه يحلّ لكل واحد وجد قدر حصته، فإن فرّق على بعضهم فللمدفوع إليه أن يقسم القدر الذي أخذه عليه، وعلى الباقين بالنسبة إلى قدر أموالهم اهـ وقد مرّت الإشارة إلى ذلك في باب الغصب (**والثاني بنو هاشم و**) بنو (**المطلب**) ومنهم إمامنا الشافعي رضي الله تعالى عنه، وهم آل النبي ﷺ، وهم المراد بذي القربى في الآية دون بني عبد شمس وبني نوفل، وإن كان الأربعة أولاد عبد مناف لاقتصاره ﷺ في القسم على بني الأولين مع سؤال بني الآخرين له رواه البخاري، ولأنهم لم يفارقوه في جاهلية ولا إسلام حتى إنه لما بعث ﷺ بالرّسالة نصروه وذبوا عنه، بخلاف بني الآخرين بل كانوا يؤذونه، والثلاثة الأول أشقاء، ونوفل أخوهم لأبيهم، وعبد شمس هو جدّ عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه، والعبرة بالانتساب إلى الآباء. أما من انتسب منهم إلى الأمهات فلا، كذا قالاه، واستثنى السبكي أولاد بناته ﷺ كأمامة بنت أبي العاص من بنته زينب، وعبدالله بن عثمان من بنته رقية فإنهم من ذوي القربى بلا شك. قال: ولم أرهم تعرّضوا لذلك، فينبغي الضبط بقرابة هاشم والمطلب لا بينهما اهـ، وحينئذ فيستثنى أولاد بناته ﷺ من قولهم: إنه لا عبرة بالانتساب إلى الأمهات، ويؤيده ما صححوه أن من خصائصه ﷺ انتساب أولاد بناته إليه بخلاف غيره قاله ابن شهبة، وأجاب شيخنا بأن المذكورين توفيا صغيرين ولم يكن لهما نسل فلا فائدة لذكرهما اهـ فلا يحتاج إلى استثناء

يَشْتَرِكُ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ والنِّسَاءُ ويُفَضَّلُ الذَّكَرُ كَالْإِرْثِ، والثَّالِثُ الْيَتَامَى، وهُوَ صَغِيرٌ لَا أَبَ لَهُ،

السبكي مع أنه دخل في عبارته غير المراد، فإن قرابة هاشم والمطلب أعم من فروعهما على الوجه المذكور (**يشترك**) في خمس الخمس (**الغنيّ والفقير**) لإطلاق الآية، وأعطى النبي ﷺ العباس منه، وكان من أغنياء قريش (**والنساء**) لأن الزبير رضي الله تعالى عنه كان يأخذ سهم أمّه صفية عمة النبي ﷺ. وكان الصدّيق رضي الله عنه يدفع للسيدة فاطمة رضي الله عنها منه، ولولا هذه الأدلة لم يدفع للنساء شيء؛ لأن الآية إنما تدلّ على الصرف للذكور، فإن ذو اسم مذكر وجعله للشخص الذي يشمل الذكر والأنثى يحتاج إلى دليل قاله السبكي (و) لكن (**يفضل الذكر**) ولو صغيراً عن الأنثى، فله سهمان ولها سهم فإنه عطية من الله تعالى يستحق بقرابة الأب. قال الأذرعي: والظاهر أن الخنثى كالأنثى، ولا يوقف له شيء اهـ، بل الظاهر أنه يوقف له تمام نصيب الذكر كما يؤخذ من قول المصنف (**كالإرث**) وحكى الإمام في أن الذكر يفضل على الأنثى إجماع الصحابة، ونقل عن المزني وأبي ثور وابن جرير التسوية.

تنبيه: علم من قوله كالإرث أنهم لو أعرضوا عن سهمهم لم يسقط، وهو الأصح، وقد ذكره المصنف في السير، ومن إطلاق الآية أنه يجب تعميمهم، وأنه يسوّي بين مدل بجهتين ومدل بجهة وإن خالف في ذلك القاضي حسين، وأنه لا يفضل كبير على صغير ولا قريب على بعيد ولا حاضر بموضع الفيء على غائب عنه (**والثالث اليتامى**) للآية جمع يتيم (**وهو صغير**) ذكر أو خنثى أو أنثى لم يبلغ الحلم (**لا أب له**) أما كونه صغيراً فلخبر: «لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ» رواه أبو داود، وحسنه المصنف وإن ضعفه المنذري وغيره. أما كونه لا أب له فللوضع والعرف، سواء أكان من أولاد المرتزقة أم لا، قتل أبوه في الجهاد أم لا، له جدّ أم لا. ووقع في الرّوضة في باب النكاح أن اليتيمة هي التي لا جدّ لها، والمذكور هنا هو الصواب، ويمكن أن يقال: إن المراد باليتيمة في باب النكاح هي التي لا تزوّج إلا في صغرها فإن الجدّ يزوّجها، فلا ينافي ما هنا، ولعلّ هذا مراده بلا شكّ.

تنبيه: كان الأولى للمصنف أن يقيد اليتيم بالمسلم؛ لأن أيتام الكفار لا يعطون من سهم اليتامى شيئاً كما قاله الإمام والماوردي والصيمري وغيرهم؛ لأنه مال أخذ من الكفار فلا يرجع إليهم، وكذلك يشترط الإسلام في ذوي القربى والمساكين وابن السبيل لذلك، ويندرج في تفسيرهم اليتيم ولد الزنا واللقيط والمنفي باللعان، ولا يسمون أيتاماً؛ لأن ولد الزنا لا أب له شرعاً فلا يوصف باليتم، واللقيط قد يظهر أبوه، والمنفي بلعان قد يستلحقه نافيه. ولكن القياس أنهم يعطون من سهم اليتامى.

وَيُشْتَرَطُ فَقْرُهُ عَلَى المَشْهُورِ، والرَّابِعُ والخَامِسُ المَسَاكِينُ وابْنُ السَّبِيلِ، وَيَعُمُّ الأَصْنَافَ الأَرْبَعَةَ المُتَأَخِّرَةَ، وَقِيلَ يَخُصُّ بِالْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ فِيهَا مِنْهُمْ، وَأَمَّا الأَخْمَاسُ الأَرْبَعَةُ فَالأَظْهَرُ أَنَّهَا لِلْمُرْتَزِقَةِ،

فائدة: يقال لمن فقد أمّه دون أبيه منقطع، واليتيم في البهائم من فقد أمّه، وفي الطير من فقد أمّه وأباه (**ويشترط**) في إعطاء اليتيم لا في تسميته يتيماً (**فقره**) الآتي تعريفه في الكتاب الآتي الشامل لمسكنته (**على المشهور**) لإشعار لفظ اليتم به، ولأن اغتناءه بمال أبيه إذا منع استحقاقه فاغتناؤه بماله أولى بمنعه. والثاني: لا يشترط. وقال القاضي: إنه مذهب أصحابنا وإلا لما كان في ذكره فائدة لدخوله في الفقراء، وردّ بأن الفائدة عدم حرمانه (**والرابع والخامس المساكين**) الشاملون للفقراء (**وابن السبيل**) للآية، وسيأتي بيانهما في الكتاب الذي بعد هذا، ويشترط في ابن السبيل الفقر كما صرح به الفوراني وغيره وإن كان ظاهر إطلاق المصنف عدم الاشتراط. قال الماوردي: ويجوز للإمام أن يجمع للمساكين بين سهمهم من الزكاة وسهمهم من الخمس وحقهم من الكفارات فيصير لهم ثلاثة أموال قال: وإذا اجتمع في واحد يتم ومسكنة أعطى باليتم دون المسكنة؛ لأن اليتم وصف لازم والمسكنة زائلة، واعترض بأن اليتم لا بد فيه من فقر ومسكنة، وقضية كلام الماوردي أنه إذا كان الغازي من ذوي القربى لا يأخذ بالغزو بل بالقرابة فقط. لكن ذكر الرافعي في قسم الصدقات أنه يأخذ بهما، واقتضى كلامه أنه لا خلاف فيه وهو ظاهر، والفرق بين الغزو والمسكنة أن الأخذ بالغزو لحاجتنا وبالمسكنة لحاجة صاحبها (**ويعم**) الإمام ولو بنائبه (**الأصناف الأربعة المتأخرة**) بالعطاء وجوباً غائبهم عن موضع الفيء وحاضرهم. نعم يجعل ما في كل إقليم لساكنيه، فإن عدمه بعض الأقاليم بأن لم يكن في بعضها شيء أو لم يستوعبهم السهم بأن لم يف بمن فيه إذا وزع عليهم نقل إليهم بقدر ما يحتاج إليه الإمام في التسوية بين المنقول إليهم وغيرهم، ولا يجوز الاقتصار على ثلاثة من كل صنف كما في الزكاة كما جزما به، ويجوز أن يفاضل بين اليتامى وبين المساكين وبين أبناء السبيل؛ لأنهم يستحقون بالحاجة فتراعى حاجتهم بخلاف ذوي القربى فإنهم يستحقون بالقرابة كما مر، فإن كان الحاصل يسيراً لا يسدّ مسدّاً بالتوزيع قدّم الأحوج فالأحوج ولا يستوعب للضرورة وتصير الحاجة مرجحة وإن لم تكن معتبرة في الاستحقاق، ومن فقد من الأصناف أعطى الباقون نصيبه كما في الزكاة إلا سهم رسول الله ﷺ فإنه للمصالح كما مر، ويصدّق مدّعي المسكنة والفقر بلا بينة وإن اتهم، ولا يصدّق مدّعي اليتم ولا مدّعي القرابة إلا ببينة (**وقيل: يخص بالحاصل**) من مال الفيء (**في كل ناحية من فيها منهم**) كالزكاة ولمشقة النقل، وردّ بأنه يؤدّي إلى حرمان بعضهم وهو مخالف للآية (**وأما الأخماس الأربعة**) التي كانت لرسول الله ﷺ مضمومة إلى خمس الخمس (**فالأظهر أنها للمرتزقة**) لعمل الأوّلين به؛

وَهُمُ الْأَجْنَادُ الْمُرْصَدُونَ لِلْجِهَادِ فَيَضَعُ الْإِمَامُ دِيوَاناً،

لأنها كانت لرسول الله[1] ﷺ لحصول النصرة به كما مرّ، والمقاتلون بعده هم المرصدون لها كما قال (وهم الأجناد المرصدون للجهاد) بتعيين الإمام لهم، سموا مرتزقة؛ لأنهم أرصدوا أنفسهم للذب عن الدين وطلبوا الرزق من مال الله، وخرج بهم المتطوّعة وهم الذين يغزون إذا نشطوا، فإنما يعطون من الزكاة لا من الفيء عكس المرتزقة. والثاني: أنها للمصالح كخمس الخمس، وأهمها المرتزقة، وعلى الأوّل لو لم يف المال بحاجة المرتزقة وهم فقراء صرف الإمام لهم من سهم سبيل الله، وإذا علم أن الأخماس الأربعة للمرتزقة (فيضع الإمام) لهم (ديواناً) ندباً كما صرّح به الإمام وهو ظاهر كلام أبي الطيب، وإن أفهم كلام الرّوضة الوجوب، وأوّل من وضعه في الإسلام سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه وهو بكسر الدال أشهر من فتحها

(١) ذهب الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك وأحمد إلى أنه يصرف في مصالح المسلمين ويقدم منها الأهم فالأهم، فيعطى منه الجند والقضاة والعلماء، وتسد منه الثغور وهي مواضع الخوف في البلاد، ويصرف منه في إصلاح الطرق وإقامة الجسور، وما إلى ذلك.

وذهب الشافعي إلى أنه يخمّس ويعطى أربعة أخماسه للمرتزقة، وهم الجند المرصدون للجهاد، والخمس الباقي يقسم خمسة أقسام يصرف أحدها في مصالح المسلمين كما تقدم، والأخماس الأربعة الباقية تصرف لذوي القربى، واليتامى، والمساكين، وابن السبيل. هذا حكم منقول الفيء عنده، وأما عقاره فالمذهب أنه يجعل وقفاً وتقسم غلته كذلك.

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

أولاً: بقوله تعالى: ﴿وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير، ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فللّه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم، وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد العقاب، للفقراء المهاجرين﴾ إلى قوله تعالى: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ فقد سمى الله تعالى في مصرف الفيء جهات تجمع جميع المسلمين، ولم يذكر تخميساً، ولذا لمّا قرأ عمر هاتين الآيتين حتى بلغ: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ قال: هذه الآية استوعبت المسلمين. وقال أيضاً: ما من أحد إلا له في هذا المال نصيب إلا العبيد.

ثانياً: بفعله ﷺ فإنه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران، وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم ديناراً، ولم ينقل قط في ذلك أنه خمّسه، ولو كان لنقل ولو من طريق ضعيف كما تقضي به العادة.

واستدل الشافعية على تخميس الفيء بقيامه على الغنيمة بجامع أن كلا مال وصل إلى المسلمين من الكفار فمصرفهما واحد، وقد سمّى الله في آية الفيء الجهات الخمس التي بينت سورة الأنفال أنها مصرف الخمس، فدل ذلك على التخميس في الفيء كالغنيمة، وحملوا قوله تعالى: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ على أنها جملة مستأنفة الغرض منها الدعاء للمؤمنين السابقين بالإيمان، وليس لها دخل في استحقاق الفيء، وقد ردّ الجمهور عليهم بأن القياس معارض للنصوص القاضية بعدم القسمة، وهناك فرق بين الفيء والغنيمة؛ لأن الغنيمة قد بذل الجيش فيها مجهوداً شاقاً، والفيء لم يبذل فيه عناء يذكر، وأما قوله تعالى: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ فالظاهر أنه معطوف على ما قبله، وأما كونه للدعاء فبعيد.

وَيَنْصِبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفاً وَيَبْحَثُ عَنْ حَالِ كُلِّ وَاحِدٍ وَعِيَالِهِ وَمَا يَكْفِيهِمْ فَيُعْطِيهِ كِفَايَتَهُمْ وَيُقَدِّمُ فِي إِثْبَاتِ الاِسْمِ وَالْأَعْطَاءِ قُرَيْشاً، وَهُمْ وَلَدُ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ، وَيُقَدِّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ

الدفتر الذي يكتب فيه أسماؤهم وقدر أرزاقهم، ويطلق الديوان على الموضع الذي يجلس فيه للكتابة، وهو فارسي معرّب، وقيل: أوّل من سماه بذلك كسرى؛ لأنه اطلع يوماً على ديوانه وهم يحسبون مع أنفسهم، فقال ديوانه: أي مجانين. ثم حذفت الهاء لكثرة استعمالهم تخفيفاً. فإن قيل: هذا لم يكن في زمن النبي ﷺ ولا زمن أبي بكر رضي الله عنه فهو بدعة وضلالة. أجيب بأن هذا أمر دعت الحاجة إليه واستحسن بين المسلمين، وقال ﷺ: «مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَناً فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ» **(وينصب)** ندباً كما في الرّوضة **(لكلّ قبيلة)** من المرتزقة **(أو جماعة)** منهم **(عريفاً)** ليجمعهم عند الحاجة إليهم، ويسهل عليه ما يريده منهم ويعرّفه بأحوالهم ويرجع إليه الإمام في ذلك؛ لأنه ﷺ قال في غزوة هوازن: «ارْجِعُوا حَتَّى أَسْأَلَ عُرَفَاءَكُمْ» وكان قد عرف على كل عشرة عريفاً، وزاد الإمام على ذلك فقال: وينصب الإمام صاحب جيش وهو بنصب النقباء وكل نقيب ينصب العرفاء، وكل عريف يحيط بأسماء المخصوصين به، فيدعو الإمام صاحب الجيش، وهو يدعو النقباء، وكل نقيب يدعو العرفاء الذين تحت رايته، وكل عريف يدعو من تحت رايته، والعريف فعيل بمعنى فاعل، وهو الذي يعرف مناقب القوم.

فائدة: قال عطاء بن يسار: حملة القرآن عرفاء الجنة. قال الدميري: ومعناه أنهم رؤوس أهلها **(ويبحث)** الإمام وجوباً **(عن حال كل واحد)** من المرتزقة **(و)** عن **(عياله)** وهم من تلزمه نفقتهم من أولاد وزوجات ورقيق لحاجة غزو أو لخدمة إن اعتادها لا رقيق زينة وتجارة **(وما يكفيهم فيعطيه)** كفايته و **(كفايتهم)** من نفقة وكسوة وسائر المؤن بقدر الحاجة ليتفرّغ للجهاد، ويراعى في الحاجة حاله في مروءته وضدّها والمكان والزمان والرخص والغلاء وعادة البلد في المطاعم والملابس، ويزاد إن زادت حاجته بزيادة ولد وحدوث زوجة فأكثر وما لا رقيق له يعطى من الرقيق ما يحتاجه للقتال معه أو لخدمته إذا كان ممن يخدم ويعطي مؤنته، ومن يقاتل فارساً ولا فرس له يعطي من الخيل ما يحتاجه للقتال، ويعطى مؤنته بخلاف الزوجات يعطي لهنّ مطلقاً لانحصارهنّ في أربع. ثم ما يدفع إليه لزوجته وولده الملك فيه لهما حاصل من الفيء، وقيل: يملكه هو ويصير إليهما من جهته، ولا يزاد أحد منهم لنسب عريق وسبق في الإسلام والهجرة وسائر الخصال المرضية وإن اتسع المال، بل يستوون كالإرث والغنيمة؛ لأنهم يعطون بسبب ترصدهم للجهاد وكلهم مترصدون له **(ويقدم)** ندباً **(في إثبات الاسم)** في الديوان **(و)** في **(الإعطاء)** أيضاً **(قريشاً)** على غيرهم، لخبر: «قَدِّمُوا قُرَيْشاً»، ولشرفهم بالنبي ﷺ **(وهم ولد النضر بن كنانة)** أحد أجداده ﷺ. سموا بذلك لتقرشهم وهو تجمعهم، وقيل: لشدّتهم **(ويقدّم منهم)** أي قريش **(بني هاشم)** وهو جدّه ﷺ الثاني. سمي بذلك لأنه

والمُطَّلِبِ ثُمَّ عَبْدِ شَمْسٍ ثُمَّ نَوْفَلٍ ثُمَّ عَبْدِ الْعُزَّى ثُمَّ سَائِرَ الْبُطُونِ الأَقْرَبَ فَالأَقْرَبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ الأَنْصَارِ، ثُمَّ سَائِرَ الْعَرَبِ، ثُمَّ الْعَجَمَ ولاَ يُثْبِتُ في الدِّيوَانِ أَعْمَىٰ ولاَ زَمِناً ولاَ مَنْ لاَ

كان يهشم الثريد لقومه (و) يقدّم منهم أيضاً بني (المطلب) شقيق هاشم.

تنبيه: عبر المصنف رحمه الله تعالى في بني المطلب بالواو إشارة إلى أنه لا ترتيب بينهم وبين بني هاشم؛ لأنه ﷺ من بني هاشم، وقد سوى بينهم وبين بني المطلب بقوله: «أَمَّا بَنُو هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ فَشَيْءٌ وَاحِدٌ وشبك بين أصابعه» رواه البخاري (ثم) بني (عبد شمس) لأنه أخو هاشم لأبويه (ثم) بني (نوفل) لأنه أخو هاشم لأبيه عبد مناف (ثم) بني (عبد العزى) لمكان خديجة رضي الله تعالى عنها من النبي ﷺ فإنهم أصهاره ﷺ، وهي بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى (ثم سائر البطون) أي باقيها من قريش (الأقرب فالأقرب إلى رسول الله ﷺ) فيقدّم منهم بعد بني عبد العزى بني عبد الدار بن قصي. ثم بني زهرة بن كلاب؛ لأنهم أخواله ﷺ. ثم بني تيم لمكان عائشة وأبيها أبي بكر رضي الله تعالى عنهما منه ﷺ. ثم يقدم بني مخزوم. ثم بني عدي لمكان عمر رضي الله تعالى عنه. ثم بني جمح وبني سهم فهما في مرتبة كما جرى عليه ابن المقري. ثم بني عامر. ثم بني الحارث (ثم) بعد قريش يقدّم (الأنصار) لآثارهم الحميدة في الإسلام، وينبغي كما قال شيخنا تقديم الأوس منهم؛ لأنهم أخوال النبي ﷺ، والأنصار كلهم من الأوس والخزرج، وهم أبناء حارثة بن ثعلبة بن عمرو بن عامر، قاله الزركشي (ثم) بعد الأنصار يقدّم (سائر) أي باقي (العرب) ومنهم المهاجرون الذين لا قرابة لهم.

تنبيه: قضية كلامه كغيره التسوية بين سائر العرب، وصرّح الماوردي بخلافه، فقال: بعد الأنصار مضر، ثم ربيعة، ثم ولد عدنان، ثم ولد قحطان، فيرتبهم على السابقة كقريش، فإن استوى اثنان في القرب إليه ﷺ قدّم بالسبق إلى الإسلام، ثم بالدين، ثم بالسنّ، ثم بالهجرة، ثم بالشجاعة. ثم برأي وليّ الأمر فيتخير بين أن يقرع، وأن يقدّم برأيه واجتهاده (ثم) يقدّم بعد العرب (العجم) وقدّمت العرب عليهم؛ لأنهم أقرب إلى رسول الله ﷺ منهم وأشرف، والتقديم فيهم إن لم يجتمعوا على نسب بالأجناس كالترك والهند وبالبلدان، ثم إن كان لهم سابقة في الإسلام ترتبوا عليها وإلا فبالقرب إلى وليّ الأمر، ثم بالسبق إلى طاعته، فإن اجتمعوا على نسب اعتبر فيهم قربه وبعده كالعرب، وينبغي كما قال شيخنا اعتبار السنّ، ثم الهجرة، ثم الشجاعة، ثم رأي وليّ الأمر كما في العرب، والترتيب المذكور مستحبّ لا مستحقّ كما نقلاه عن الأئمة وإن نظر فيه في المطلب، والذي يثبت في الديوان من المرتزقة هو الرجل المسلم المكلف الحرّ البصير القادر على القتال العارف به (و) حينئذ (لا يثبت في الديوان) شخصاً (أعمى ولا زمناً) ولا امرأة ولا صبياً ولا مجنوناً ولا كافراً، وقوله: (ولا من لا

يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ، وَلَوْ مَرِضَ بَعْضُهُمْ أَوْ جُنَّ ورُجِيَ زَوَالُهُ أُعْطِيَ، فَإِنْ لَمْ يُرْجَ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ يُعْطَىٰ، وَكَذَا زَوْجَتُهُ وَأَوْلَادُهُ إِذَا مَاتَ فَتُعْطَىٰ الزَّوْجَةُ حَتَّى تَنْكِحَ

يصلح للغزو) كأقطع من عطف العام على الخاص، ولو اقتصر عليه كفى، ويجوز إثبات الأخرس والأصمّ، وكذا الأعرج إن كان فارساً وإلا فلا، ويميز المجهول بصفة فيذكر نسبه وسنه ولونه، ويحكى وجهه بحيث يتميز عن غيره **(ولو مرض بعضهم أو جنّ ورجى زواله)** أي كل من المرض والجنون وإن طال زمنه كما قاله ابن الرفعة **(أعطي)** جزماً كصحيح ويبقى اسمه في الديوان؛ لأن الإنسان لا يخلو من عارض فربما يرغب الناس عن الجهاد ويقبلوا على الكسب لهذه العوارض **(فإن لم يرج)** زواله **(فالأظهر أنه يعطى)** أيضاً لما ذكره، ولأنه إذا بقي على الذرّية فعلى نفسه أولى، ولكن يمحى اسمه من الديوان كما جزم به في الرّوضة وأصلها، إذ لا فائدة في إبقائه.

تنبيه: قضية كلامه أنه يعطى ذلك القدر الذي كان يأخذه لأجل فرسه وقتاله وما أشبه ذلك، وليس مراداً بل يعطى كفايته وكفاية عياله اللائقة به في الساعة الرّاهنة كما قاله السبكي، والثاني: لا يعطى لعدم رجاء نفعه أي لا يعطى من أربعة أخماس الفيء المعدّة للمقاتلة، ولكن يعطى من غيرها إن كان محتاجاً، ومحلّ الخلاف في إعطائه في المستقبل. أما الماضي فيعطاه جزماً **(وكذا)** تعطى **(زوجته وأولاده)** الذين تلزمه مؤنتهم في حياته **(إذا مات)** بعد أخذ نصيبه في الأظهر لئلا يشغل الناس بالكسب عن الجهاد إذا علموا ضياع عيالهم بعدهم.

تنبيه: إفراده الزوجة وجمعه الأولاد يوهم اعتبار الوحدة في الزوجة، وليس مراداً، بل تعطى الزوجات وإن كنّ أربعاً، واقتصاره على الأولاد يوهم عدم الدفع إلى غيرهم ممن تجب نفقتهم كالوالدين، وليس مراداً، فقد نقل الأذرعي عن قضية كلام البغوي الإعطاء، وهو المعتمد. قال الأذرعي: ولو كان المنفق عليهم من الأصول والفروع: أي والزوجة كفاراً هل يعطون لم أرَ فيه نقلاً، والظاهر أنهم لا يعطون اهـ، لكن قضية إطلاقهم إعطاؤهم، وهو الظاهر إذ لم يشترطوا فيهم الإسلام، ولم يبين المصنف قدر ما يعطون، والمراد ما يليق بهم لا ما كان للمرتزق أخذه والثاني: لا يعطون لزوال تبعيتهم له، وإذا قلنا بالأظهر **(فتعطى الزوجة حتى تنكح)** وكذا الزوجات كما مرّ لاستغنائها بالزوج، فإن كان زوجها الثاني من المرتزقة قرّر لها كفايتها تبعاً له، ولو استغنت الزوجة بكسب أو إرث أو نحوه، كوصية لم تعط، وبه صرح في البيان بالنسبة إلى الكسب، وصرح الزركشي بالباقي، والظاهر كما قال الزركشي أن أمّ الولد كالزوجة.

تنبيه: قوله: حتى تنكح يقتضي أن الزوجة لو كانت ممن لا يرغب في نكاحه أي ولم تستغن بما ذكر أنها تعطى إلى الموت، وهو ظاهر، ويقتضي أيضاً أنها لو امتنعت من التزويج

والأَوْلَادُ حَتَّى يَسْتَقِلُّوا، فَإِنْ فَضَلَتِ الأَخْمَاسُ الأَرْبَعَةُ عَنْ حَاجَاتِ المُرْتَزِقَةِ وُزِّعَ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مُؤْنَتِهِمْ،

مع رغبة الأكفاء فيها أنها تعطي وهو ظاهر أيضاً وإن نظر فيه **(و)** تعطى **(الأولاد حتى يستلقوا)** بكسب أو نحوه، كوصية أو يقدّر الذكور على الغزو، فمن أحبَّ إثبات اسمه في الديوان أثبت وإلا قطع، فإذا بلغ عاجزاً لعمي أو زمانة أو نحو ذلك فكمن لم يبلغ أو تزوّج الإناث.

تنبيه: استنبط السبكي رحمه الله تعالى من هذه المسألة أن الفقيه أو المعيد أو المدرّس إذا مات تعطى زوجته وأولاده مما كان يأخذ ما يقوم بهم ترغيباً في العلم كالترغيب هنا في الجهاد، فإن فضل المال عن كفايتهم صرف إلى من يقوم بالوظيفة. قال: فإن قيل: هذا تعطيل لشرط الواقف إذا اشترط مدرّساً بصفة فإنها غير موجودة في زوجته وأولاده. قلنا: قد حصلت الصفة مدّة من أبيهم والصرف لهم بطريق التبعية، ومدّتهم مغتفرة في جنب ما مضى كزمن البطالة، ولا يقدح تقرير من لا يصلح للتدريس ونحوه؛ لأنه تبع لولاية صحيحة، وإنما الممتنع تقرير من لا يصلح ابتداء كما يمتنع إثبات اسم من ليس أهلاً للجهاد في الديوان ابتداء. قال ابن النقيب: ويفرق بينهما بأن العلم محبوب للنفوس لا يصدّ الناس عنه شيء فيوكل الناس فيه إلى ميلهم إليه، والجهاد مكروه للنفوس فيحتاج الناس في إرصاد أنفسهم إليه إلى التآلف وإلا فمحبة الزوجة والولد قد تصدّ عنه. قال الوليّ العراقي: وفرق آخر، وهو أن الإعطاء من الأموال العامة وهي أموال المصالح أقوى من الخاصة كالأوقاف، فلا يلزم من التوسع في تلك التوسع في هذه؛ لأنه مال معين أخرجه شخص لتحصيل مصلحة نشر العلم في هذا المحل المخصوص، فكيف يصرف مع انتفاء الشرط، ومقتضى هذا الفرق الصرف لأولاد العالم من مال المصالح كفايتهم كما كان يصرف لأبيهم، ومقتضى الفرق الأوّل عدمه اهـ، والفرق الثاني أظهر، وليكن وقت العطاء معلوماً لا يختلف مسانهة أو مشاهرة أو نحو ذلك من أوّل السنة أو غيره أوّل كل شهر أو غيره بحسب ما يراه الإمام، والغالب أن الإعطاء يكون في كل سنة مرّة لئلا يشغلهم الإعطاء كل أسبوع أو كل شهر عن الجهاد، ولأن الجزية وهي معظم الفيء لا تؤخذ في السنة إلا مرة، ومن مات منهم بعد جمع المال وبعد تمام الحول فنصيبه لوارثه كالأجرة في الإجارة، أو بعد تمام الحول وقبل جمع المال فلا شيء لوارثه، إذ الحقّ إنما يثبت بجمع المال وذكر الحول مثال فمثله الشهر ونحوه، وعلى الأظهر السابق من اختصاص الأخماس الأربعة بالمرتزقة **(فإن فضلت)** بتشديد الضاد. أي زادت **(الأخماس الأربعة عن حاجة المرتزقة وزع)** الفاضل **(عليهم على قدر مؤنتهم)** لأنه حقهم. مثال ذلك كفاية واحد ألف، وكفاية الثاني ألفان، وكفاية الثالث ثلاثة آلاف، وكفاية الرابع أربعة آلاف فمجموع كفايتهم عشرة آلاف فيفرض الحاصل على ذلك عشرة أجزاء، فيعطى الأوّل عشرها، والثاني خمسها، والثالث ثلاثة أعشارها، والرابع خمساها، وكذا يفعل إن زاد.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصْرَفَ بَعْضُهُ فِي إِصْلَاحِ الثُّغُورِ وَالسِّلَاحِ وَالْكُرَاعِ، هٰذَا حُكْمُ مَنْقُولِ الْفَيْءِ فَأَمَّا عَقَارُهُ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ يُجْعَلُ وَقْفاً، وَتُقْسَمُ غَلَّتُهُ كَذٰلِكَ.

فَصْلٌ

الْغَنِيمَةُ: مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِقِتَالٍ وَإِيجَافٍ،

تنبيه: قضية كلامه كغيره أن صرف الزّائد لا يختص بالرجال المقاتلة، وهو مخالف لكلام الإمام فإنه قال: الذي فهمته عن كلام الأصحاب أنه يختص برجالهم حتى لا يصرف منه للذراري أي الذين لا رجل لهم. قال الرافعي: ولا خلاف في جواز صرفه إلى المرتزقة عن كفاية السنة القابلة (**والأصح**) على الأظهر السابق أيضاً (**أنه يجوز أن يصرف بعضه**) أي الفاضل عن حاجات المرتزقة (**في إصلاح الثغور والسلاح والكراع**) وهو الخيل؛ لأن ذلك معونة لهم. والثاني: المنع بل يوزع عليهم لاستحقاقهم له كالغنيمة وصححه ابن الرفعة.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف بل صريحه أن الإمام لا يبقي في بيت المال شيئاً من الفيء ما وجد له مصرفاً فيصرف مال كل سنة إلى مصارفه ولا يدّخر شيئاً خوفاً لنازلة تأسياً بأبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما، فإنهما ما كانا يدخران شيئاً، ثم إن نزل بالمسلمين نازلة فعلى المسلمين القيام بأمرها، وإن غشيهم العدوّ على جميعهم أن ينفروا، فإن لم يجد مصرفاً ابتداء رباطات المسلمين على حسب رأيه، وهذا ما جزم به في الروضة كأصلها. قال الإمام: والذي ذهب إليه المحققون أن له أن يدخر في بيت المال لأجل الحوادث اهـ. فإن ضاق الفيء عن كفايتهم قسم بينهم على قدر أرزاقهم، قاله الماوردي (**هذا**) السابق كله (**حكم منقول**) مال (**الفيء. فأما عقاره**) من أرض أو بناء (**فالمذهب أنه**) أي جميعه (**يجعل وقفاً**) أي ينشىء الإمام وقفه (**وتقسم غلته**) كل سنة (**كذلك**) أي مثل قسمة المنقول؛ لأنه أنفع لهم فتصرف أربعة أخماس الغلة للمرتزقة وخمسها للمصالح وذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل.

تنبيه: يفهم من كلام المصنف أشياء: أحدها: أنه لا يصير وقفاً بنفس الحصول، بل لا بدّ من إنشاء وقف كما مرّ، وقيل: يصير وقفاً بنفس الحصول كرق النساء بنفس الأسر، وهو مقابل المذهب. ثانيها: تحتم الوقف وليس مراداً، بل الذي في الشرح والروضة أن الإمام لو رأى قسمته أو بيعه وقسمة ثمنه جاز له ذلك، لكن لا يقسم سهم المصالح، بل يوقف وتصرف غلته في المصالح، أو تباع ويصرف ثمنه إليها، ولكن الوقف أولى. ثالثها: أن المراد بالوقف الوقف الشرعي، وهو الأصح. وقيل: المراد الوقف عن التصرّف بالقسمة لا الوقف الشرعي.

فصل في الغنيمة وما يتبعها

(**الغنيمة**) لغة الربح كما سبق أوّل الباب، وشرعاً (**مال**) وما التحق به كخمرة محترمة (**حصل**) لنا (**من كفار**) أصليين حربيين مما هو لهم (**بقتال**) منا (**وإيجاف**) بخيل أو ركاب أو

فَيُقَدَّمُ مِنْهُ السَّلَبُ لِلْقَاتِلِ

نحوهما مما مرّ ولو بعد انهزامهم في القتال، أو قبل شهر السلاح حين التقى الصفان. ومن الغنيمة ما أخذ من دارهم سرقة، أو اختلاساً، أو لقطة، أو ما أهدوه لنا، أو صالحونا عليه والحرب قائمة. وأما المرهون الذي للحربي عند مسلم أو ذمي والمؤجر الذي له عند أحدهما إذا انفك الرهن وانقضت مدة الإجارة فهل هو فيء أو غنيمة؟ وجهان أشبههما كما قال الزركشي. الثاني؛ ويرد على طرد هذا الحدّ المتروك بسبب حصولنا في دارهم وضرب معسكرنا فيهم فإنه ليس غنيمة في أصح الوجهين عند الإمام مع وجود الإيجاف، وعلى عكسه ما أخذ على وجه السرقة أو نحوها فإنه غنيمة كما مرّ، وخرج بما ذكر ما حصله أهل الذمة من أهل الحرب بقتال، فالنص أنه ليس بغنيمة فلا ينزع منهم، وما أخذ من تركة المرتدّ فإنه فيء لا غنيمة كما مرّ، وما أخذ من ذميّ كجزية فإنه فيء كما مرّ أيضاً، ولو أخذنا منهم ما أخذوه من مسلم أو ذمي أو نحوه بغير حقّ لم نملكه، ولو غنم ذمي ومسلم فهل يخمس الجميع أو نصيب المسلم؟ وجهان أظهرهما الثاني كما رجحه بعض المتأخرين، وصرّح الماوردي في قسم الصدقات بأنه لا يغنم مال من لم تبلغه الدعوة، وهو محمول على من تمسك بدين حق ولم تبلغه دعوة النبيّ ﷺ، أو لم تبلغه دعوة أصلاً. أما لو كان متمسكاً بدين باطل فلا، بل هو كغيره من الكفار.

تنبيه: قوله: وإيجاف بالواو هنا بمعنى أو لئلا يرد المأخوذ بقتال الرجالة وبالسفن فإنه غنيمة كما تقرّر ولا إيجاف فيه، وإذا تقرّر ذلك (**فيقدّم منه**) أي أصل مال الغنيمة (**السَلَب**) بالتحريك (**للقاتل**)(1) المسلم سواء أكان حرّاً أم لا، ذكراً أم لا، بالغاً أم لا، شرطه له الإمام أم

(1) اختلف الفقهاء في أن السلب حق للقاتل أو حقّ للإمام إن شاء وعد بالتنفيل؛ وإن شاء وضعه في الغنيمة.
فذهب الإمام الشافعي وأحمد والليث وغيرهم إلى أن السلب للقاتل بشروط ذكرت في كتبهم، سواء قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه أم لا، فاستحقاق القاتل له حكم شرعي ثابت في نفسه لا يتوقف على جعل الإمام. وقال الحنفية والمالكية والثوري: إن القاتل لا يستحق إلا أن يشترطه له الإمام، وهو عندهم من النفل.
استدل الشافعي ومن معه بقوله ﷺ في حديث طويل متفق عليه عن أبي قتادة: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه» وبما رواه أحمد وأبو داود عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال يوم حنين: «من قتل قتيلاً فله سلبه، فقتل أبو طلحة عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم» فهذان الحديثان صريحان في أن السلب للقاتل، واستدل الحنفية ومن وافقهم بعموم قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه﴾ الآية، والسلب مال مغنوم؛ لأنه مأخوذ بقوة الجيش؛ إذ لولا الجيش لما حصل السلب ومباشرة القتل لا عبرة بها؛ كما أنها لم تعتبر في منع الردء من الغنيمة بل هو والمقاتل المباشر فيها سواء، وبما رواه البخاري ومسلم من حديث جاء فيه أن معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء ضربا أبا جهل بسيفيهما حتى قتلاه، فأتياه رسول الله ﷺ فقال: «أيكما قتله؟ فقال: كل واحد منهما: أنا قتلته، فنظر في السيفين فقال: كلاكما قتله، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح» فهذا الحديث نصّ على أن السلب ليس للقاتل، بل هو بتعيين الإمام، وبما روي عن طريق عمرو بن واقد عن موسى بن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية أن حبيب بن مسلمة قتل قتيلاً،

لا، فارساً أم لا، وذلك لخبر الشيخين: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ». وروى أبو داود: «أن أبا

= فأراد أبو عبيدة أن يخمس سلبه، فقال له حبيب: إن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل، فقال له معاذ: مهلاً يا حبيب سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنّما للمرء ما طابت به نفس إمامه» وهذا الحديث أيضاً يدلّ على أن السلب ليس للقاتل، إذ لو كان له لما توقف على طيب نفس الإمام.

ورد على الحنفية في استدلالهم بالآية أن السلب حقيقة من الغنيمة وتشمله الآية، ولكن الرسول عليه الصلاة والسلام بيّن أنه خارج من حكم الغنيمة كما خصت الآية بكثير غير السلب كالقاتل الذمي، وقاتل النساء والصبيان وغيرهم. ممن لم يقاتل؛ وإنما جعله ﷺ للقاتل في مقابلة مخاطرته بنفسه رغبة منه في إعلاء كلمة الله تعالى، وأما حديث الصحيحين فقد أجيب عنه بأن في سياقه دلالة على أن السلب يستحقه من أثخن في القتل ولو شاركه غيره في الضرب أو الطعن، وإنما حكم بالسلب لمعاذ بن عمرو بن الجموح؛ لأنه رآى أن ضربته هي المؤثرة في قتله لعمقها وظهور أثرها، قال المهلب: «وإنما قال: كلاكما قتله وإن كان أحدهما هو الذي أثخنه لتطيب نفس الآخر».

أما حديث حبيب بن مسلمة ففيه عمرو بن واقد، وهو منكر الحديث كما قاله البخاري وغيره.

وقد ورد على ما استدل به الشافعي ومن معه من قوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه» أن النبي ﷺ إنما قاله يوم حنين، وقد هزم المسلمون تحريضاً لهم على القتال، قال الإمام مالك: لم يبلغني ذلك في غير حنين، وأجاب الشافعي ومن معه بأن ذلك حفظ عن النبيّ عليه الصلاة والسلام في عدة مواطن منها يوم بدر ويوم أحد، فقد قتل حاطب بن أبي بلتعة رجلاً فسلمه رسول الله ﷺ سلبه كما أخرجه البيهقي، وفي غزوة مؤتة وفي وقائع كثيرة، واحتج به الصحابة بعد وفاة الرسول ﷺ في كل مرة خولف فيها أمره عليه الصلاة والسلام.

وورد على الشافعية في تخصيص آية الغنيمة بحديث السلب أن هذا لو كان على سبيل الشرع العام، وهو موضع النزاع.

وورد عليهم أن قوله عليه السلام: «كلاكما قتله» مع قضائه بالسلب لأحدهما ظاهر في أن أمر السلب للإمام، وما يقولون تأويلاً لهذا بعد قوله: «فابتدراه بسيفيهما» وقوله ﷺ: «كلاكما قتله» بعد نظره في سيفيهما بعيد؛ لأنه يتضمن ثبوت الاشتراك في القتل ومباشرتهما له، وهو موجب لاشتراكهما في السلب، والقول بأنه تطييب لنفس الآخر غير مسلّم. بل هو حرمان له بعد تقرير النبي عليه الصلاة والسلام أنه قتل مع صاحبه، والرسول ﷺ حاكم مقدر لجهة الحكم، فلا يصح أن يقول هذا ثم يحكم لأحدهما فقط.

فدلّ ذلك على أن المسألة ليست شرعاً مقرراً في ذاته، وإنّما هي ترجع إلى رأي الإمام، وقد رأى إعطاء أحدهما دون الآخر، وهو الذي يقدر عوامل الإعطاء والحرمان.

وبعد هذا فالسلب نوع من التحريض، والتحريض أمره موكول إلى الإمام في أصله ونوعه، فهو الذي يشترطه، وهو الذي يتصرف فيه بما يرى، وقد جاء في مسلم وأبي داود حديث عوف بن مالك الأشجعي وهو ظاهر في أن مرجع السلب إلى الإمام، وهذا هو الحديث: عن عوف بن مالك قال: قتل رجل من حمير رجلاً من العدوّ فأراد سلبه فمنعه خالد بن الوليد، وكان والياً عليهم، فأتى رسولَ الله ﷺ عوف بن مالك فأخبره بذلك، فقال لخالد: ما منعك أن تعطيه سلبه؟ فقال: استكثرته يا رسول الله قال: ادفعه إليه، فمر خالد بعوف فجر بردائه، ثم قال: هل أنجزت لك ما ذكرت لك من رسول الله ﷺ؟ فسمعه رسول الله ﷺ فاستغضب فقال: «لا تعطه يا خالد هل أنتم تاركون لي أمرائي؟ إنما مثلكم ومثلهم كمثل رجل استرعى إبلاً وغنماً فرعاها ثم تحيّن سقيها فأوردها حوضاً فشرعت فيه فشربت صفوه وتركت كدره، فصفوه لكم، وكدره عليهم» رواه أحمد ومسلم، فهذا الحديث يرد على من قال إن النبي عليه السلام لم يقل من قتل قتيلاً فله سلبه إلا يوم حنين، فإن هذه الواقعة كانت في غزوة مؤتة، وهي قبل حنين، ويدل أيضاً على أن السلب موكول إلى الإمام

وهُوَ ثِيَابُ الْقَتِيلِ والخُفُّ والرَّانُ وآلاتُ الحَرْبِ كَدِرْعٍ وسِلَاحٍ وَمَرْكُوبٍ وسَرْجٍ ولِجَامٍ وَكَذَا سِوَارٌ ومِنْطَقَةٌ وَخَاتَمٌ ونَفَقَةٌ مَعَهُ وجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ في الأَظْهَرِ،

طلحة رضي الله تعالى عنه قتل يوم خيبر عشرين قتيلا وأخذ أسلابهم».

تنبيه: يستثنى من إطلاقه الذمي فإنه لا يستحق لسلب سواء أحضر بإذن الإمام أم لا، والمخذل والمرجف والخائن ونحوهم ممن لا سهم له ولا رضخ. قال الأذرعي: وأطلقوا استحقاق العبد المسلم السلب، ويجب تقييده بكونه لمسلم على المذهب، ويشترط في القتيل أن لا يكون منهياً عن قتله، فلو قتل صبياً أو امرأة لم يقاتلا فلا سلب له، فإن قاتلا استحقه في الأصح، ولو أعرض مستحق السلب عنه لم يسقط حقه منه على الأصح؛ لأنه متعين له **(وهو)** أي السلب **(ثياب القتيل)** التي عليه **(والخف والران)** وهو بمهملة وألف ونون خف لا قدم له أطول من الخف يلبس للساق، قاله في المجموع في الحج **(وآلات الحرب كدرع)** وهو بدل مهملة الزردية **(وسلاح)** لثبوت يده على ذلك.

تنبيه: قضية عطفه السلاح على الدرع أن الدرع ليس بسلاح وهو المشهور، وإن كان في شرح مسلم للمصنف ما يقتضي أنه منه، وعطفه أيضاً ما بعد الثياب عليها يشعر بمغايرته لها، وهو عكس ما قالوه فيمن أوصى بثيابه أنه يدخل كل ما على بدنه، ومنه الخف والران والطيلسان، ولو كان غلامه حاملاً لسلاحه يعطيه متى شاء. قال الإمام: فيجوز أن يكون السلاح كالفرس المجنوب مع الغلام، ويحتمل خلافه اهـ والأول أظهر، ولو زاد سلاحه على العادة فقياس ما يأتي في الجنيبة أنه لا يعطى إلا واحدة أنه هنا لا يعطى إلا سلاحاً واحداً. وقال الإمام: إذا زاد على العادة فهو محمول لا سلاح اهـ والأول أظهر **(ومركوب)** للقتيل قاتل عليه أو أمسكه بعنانه وهو يقاتل راجلاً **(و)** آلته نحو **(سرج ولجام)** ومهماز معقود لثبوت يده على ذلك حساً **(وكذا)** لباس زينته، وهو **(سوار)** وطوق **(ومنطقة)** وهو ما يشدّ بها الوسط **(وخاتم، و)** كذا **(نفقة معه)** مع هميانها لا المخلفة في رحله **(وجنيبة تقاد معه في الأظهر)** سواء أكانت أمامه أم خلفه أم بجنبه؛ لأنها إنما تقاد معه ليركبها عند الحاجة، سواء أكان يقودها بنفسه أم لا؛ لأن هذه الأشياء متصلة به وتحت يده، والجنيبة قد يحتاج إليها فهي كمركوبه الذي أمسك بعنانه، وهو يقاتل راجلاً، بخلاف الذي يحمل عليها أثقاله، وبخلاف المهر التابع له فإنه ينفصل عنه كما ذكره ابن القطان في فروعه، والثاني: لا يستحقها؛ لأنه ليس مقاتلاً بها فأشبهت ما في خيمته، ولو تعددت الجنائب اختار القاتل منها واحدة كما صوّبه المصنف،

= ألا ترى أنه ﷺ منع خالداً من إعطاء السلب بعدما أمره به؟، ولا يكون ذلك والقضاء بالسلب شرع لازم للقاتل والقول بأن رد السلب كان زجراً لعوف يمنعه أن عوفاً لم يكن هو صاحب الحق حتى يزجر بمنعه، وإنما صاحبه المددي الذي كان مع عوف، وهو لم يتجرأ على خالد ولم يصدر منه ما يستحق به الزجر، والزجر إنما يكون لمن أذنب، ولا تزر وازرة وزر أخرى، وكيف يزجر إنسان بمنع آخر حقه؟.

لَا حَقِيبَةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى الْفَرَسِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِرُكُوبِ غَرَرٍ يَكْفِي بِهِ شَرَّ كَافِرٍ فِي حَالِ الْحَرْبِ، فَلَوْ رَمَى مِنْ حِصْنٍ أَوْ مِنَ الصَّفِّ أَوْ قَتَلَ نَائِماً أَوْ أَسِيراً أَوْ قَتَلَهُ وَقَدِ انْهَزَمَ الْكُفَّارُ فَلَا سَلَبَ، وَكِفَايَةُ شَرِّهِ أَنْ يُزِيلَ امْتِنَاعَهُ بِأَنْ يَفْقَأَ عَيْنَيْهِ أَوْ يَقْطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ،

وقال الرافعي: إنه يرجع إلى تعيين الإمام واحدة منها أو يقرع.

تنبيه: قضية كلام المصنف أنه لا يشترط كونه قائدها بنفسه، وإلا لقال يقودها وهو كذلك كما مرّ، وقول الزركشي أنه لا بدّ من التقييد بكونه يقودها بنفسه، وإلا فليست سلباً كسائر ماله الذي معه مردود بقولهم: لو كان معه جنائب استحق واحدة، إذ من المعلوم أن الجنائب لا بدّ لها من عدد يقودونها (**لا حقيبة**) بفتح المهملة وكسر القاف وعاء يجمع فيه المتاع ويجعل على حقو البعير (**مشدودة على الفرس**) فلا يأخذها ولا ما فيها من الدراهم والأمتعة (**على المذهب**) لأنها ليست من لباسه ولا من حليته ولا حلية فرسه، والطريق الثاني طرد القولين كالجنيبة، واختار السبكي أنه يأخذها بما فيها لأنه حملها على فرسه لتوقع الاحتياج إليها (**وإنما يستحق**) القاتل السلب (**بركوب غرر يكفي به**) أي بركوب الغرر (**شرّ كافر**) أصلي مشتغل بالقتال (**في حال الحرب**) هذه قيود ثلاثة فرع عليها قوله: (**فلو رمى من حصن أو**) رمي (**من الصف**) الذين للمسلمين (**أو قتل**) كافراً (**نائماً**) أو مشتغلاً بأكل ونحوه (**أو أسيراً أو قتله**) أي الكافر الحربي (**وقد انهزم الكفار**) المحاربون غير متحيزين لقتال أو إلى فئة (**فلا سلب**) له؛ لأنه في مقابلة الخطر والتغرير بالنفس وهو منتف ههنا، ولأنه ﷺ لم يعط ابن مسعود سلب أبي جهل؛ لأنه قد كان أثخنه فتيان من الأنصار رواه الشيخان. قال القاضي: ولو أغرى به كلباً عقوراً فقتله استحق سلبه؛ لأنه خاطر بروحه حيث صبر في مقاتلته حتى عقره الكلب اهـ وقول الزركشي: وقياسه أن الحكم كذلك لو أغرى به مجنوناً أو عبداً أعجمياً ممنوع؛ لأن المقيس عليه لا يملك والمقيس يملك السلب فهو للمجنون ولمالك الرقيق لا لآمرهما، فإن أغرى الكلب بلا مقاتلة كرامي السهم فلا يستحق السلب. أما إذا تحيزوا لقتال أو فئة فحكم القتال باق في حقهم كما قاله الإمام.

تنبيه: قوله من الصف، عبارة المحرّر من وراء الصف، وكذا كتبها المصنف بخطه في المنهاج. ثم ضرب على لفظة وراء، والصورتان في الشرحين والروضة، فأتى المنهاج بما ليس في أصله لكونه يفهم منه ما في أصله بطريق الأولى. قال السبكي: وهو حسن لمن لا يلتزم في الاختصار الإتيان بمعنى الأصل من غير تغيير، وإلا لم يجز، وقوله: انهزم الكفار يفهم أن انهزام الكافر الواحد لا يعتبر حتى لو هرب فقتله في إدباره والحرب قائمة استحق سلبه وهو كذلك (**وكفاية شره أن يزيل امتناعه بأن يفقأ عينيه أو يقطع يديه ورجليه**) فإنه ﷺ أعطى سلب أبي جهل لمثخنه كما مرّ دون قاتله، فدلّ على أن المناط كفاية شرّه.

وَكَذَا لَوْ أَسَرَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَا يُخَمَّسُ السَّلَبُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَبَعْدَ السَّلَبِ تُخْرَجُ مُؤْنَةُ الحِفْظِ وَالنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا ثُمَّ يُخَمَّسُ الْبَاقِي فَخُمُسُهُ لِأَهْلِ خُمُسِ الْفَيْءِ يُقَسَّمُ كَمَا سَبَقَ،

تنبيه: عبارة المحرّر أن يقتله أو يزيل امتناعه، فاقتصر المصنف على الثاني لفهم الأوّل من باب أولى، وعبارة الرّوضة بأن يعميه، وهي صادقة بأن يضرب رأسه فيذهب ضوء عينيه، وبمن له عين واحدة فيقلعها، فهي أحسن لشمولها ما ذكر **(وكذا لو أسره أو قطع يديه أو رجليه في الأظهر)** وإن منّ عليه الإمام أوفداه أو أرقه. أما في الأسر فلأنه أبلغ من القطع. وأما في القطع فكما لو فقأ عينيه، والثاني: لا، واختاره السبكي وقال: إنه لا يستحق السلب إلا بالقتل لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ» ولأن ذلك لا يزيل الامتناع فربما أعمى شرّ من البصير ومقطوع اليدين والرجلين يحتال على الأخذ بثأر نفسه، ويجري الخلاف فيما لو قطع يداً ورجلاً لضعف حركته بخلاف ما لو قطع طرفاً وفقأ عيناً فإنه لا يستحق، ولو مسكه شخص بحيث منعه الهرب ولم يضبطه فقتله آخر أو اشترك اثنان في قتله أو إثخانه اشتركا في سلبه لاندفاع شرّه بهما، وهذا بخلاف القصاص فإنه منوط بالقتل. نعم، إن كان أحدهما لا يستحق السلب كمخذل ردّ نصيبه إلى الغنيمة، قاله الدارمي. أما إذا ضبطه فهو أسير وقتل الأسير لا يستحق به السلب كما مرّ، والجارح إن أثخن جريحه فالسلب له، فإن لم يثخنه فدفعه آخر فالسلب له؛ لأنه الذي ركب الغرر في دفع شرّه ولا حق للآسر في رقبة أسيره ولا فدائه، فلو أرقه الإمام أو فداه فالرقبة والفداء للمسلمين لا حق فيهما لآسره؛ لأن اسم السلب لا يقع عليهما **(ولا يخمس السلب على المشهور)** لخبر أبي داود وغيره أنه ﷺ قضى به للقاتل ولم يخمسه والثاني: يخمس لإطلاق الآية، فيدفع خمسه لأهل الفيء والباقي للقاتل **(وبعد السلب تخرج .)** بمثناة فوقية أوّله بخطه **(مؤنة الحفظ والنقل وغيرهما)** من المؤن اللازمة كأجرة حمال وراع إن لم يوجد متطوّع بذلك للحاجة إليها. قال الماوردي: ولا يزيد على أجرة المثل؛ لأنه في المسلمين كالولي في مال اليتيم **(ثم يخمس الباقي)** بعد السلب والمؤن خمسة أخماس متساوية، ويؤخذ خمس رقاع ويكتب على واحدة لله تعالى أو للمصالح وعلى أربع للغانمين. ثم تدرج في بنادق متساوية ويخرج لكل خمس رقعة، فما خرج لله أو للمصالح جعل بين أهل الخمس على خمسة كما قال: **(فخمسه)** أي المال الباقي[1] **(لأهل خمس الفيء يقسم)** بينهم **(كما سبق)** في قسم الفيء.

---

(١) اختلف الفقهاء في حكم الخمس ورأى الإمام مالك أن أمره موكول إلى الإمام يصرفه حيث يرى المصلحة.

وإن الجهات المذكورة في الآية السابقة ليست بياناً للاستحقاق بحيث يتقيد الصرف بها، ولا يجوز إلى غيرها بل هي بيان للمصرف فيجوز للإمام إذا رأى المصلحة في غير الصرف إليهم أن يفعل ما يراه كأن يضع الخمس في بيت المال، ثم يصرف منه على الفقراء وعلى مصالح المسلمين.

ورأى الباقون أنه لا يجوز الخروج بالخمس عما بيّنه الله، إلاّ أنهم اختلفوا بعد ذلك في موضعين:=

تنبيه: يقسم ما للغانمين قبل قسمة هذا الخمس؛ لأنهم حاضرون ومحصورون. لكن

= **الأول**: عدد الجهات التي يصرف إليها.

الثاني: هل الجهات التي ثبت الصرف لها يصرف إليها على سبيل الاستحقاق والملك بحيث لا يصح حرمان صنف منها أم على جهة بيان المصرف فيجوز إعطاء جميعه لبعض تلك الجهات دون بعض؟!

فذهب الإمامان الشافعي وأحمد إلى أن الجهات هي الرسول عليه الصلاة والسلام، وذوو القربى، واليتامى، والمساكين، وابن السبيل، وأن الصرف إليها على سبيل الاستحقاق فلا يجوز حرمان جهة منها، وذهب أبو حنيفة إلى أن الجهات التي يصرف إليها بعد وفاة الرسول ﷺ هي اليتامى، والمساكين، وابن السبيل، وأن الصرف إليها ليس على سبيل الاستحقاق حتى يجب الصرف إلى الجميع، بل يجوز الاقتصار على إعطاء البعض دون البعض.

وأصل الخلافية الثانية خلافهم في آية الصدقات: ﴿إنما الصّدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم﴾.

فذهب الشافعي إلى أن اللّام فيها للملك والاستحقاق، فلا بد من إعطاء الجميع، وقرر ذلك نفسه في آية الغنيمة.

وذهب الحنفية إلى أنها لبيان المصرف، فلا يلزم الصرف إلى الجميع، وقرروا ذلك أيضاً في الغنيمة فلم يوجبوا الصرف فيها إلى الجميع.

وأمّا أحمد فقد وافق الحنفية في آية الصدقات، ولم يوجب الصرف إلى الجميع غير أنه خالفهم في آية الغنيمة، ووافق الشافعية فيها فأوجب الصرف إلى الجميع، ولعل وجهه أن الغنيمة سببها قوة الغانمين واستيلاؤهم عليها بالحوز والنصرة فكانت بذلك كالحاصل لهم ببدل أنفسهم وقوتهم، فتكون للملك لا للمصرف، والصدقات تخالفها في ذلك.

استدل الإمام مالك على رأيه في الخلافية بينه وبين الأئمة بما يأتي:

أولاً: أنه روي في الصحيح أن النبي ﷺ بعث سرية قبل نجد فأصابوا في سهمانهم اثني عشر بعيراً، ونفلوا بعيراً بعيراً.

ثانياً: روي في الصحيح عن عبدالله بن مسعود قال: «آثر النبي ﷺ يوم حنين أناساً في الغنيمة، فأعطى الأقرع بن حابس مائة من الإبل، وأعطى عيينة مائة من الإبل، وأعطى أناساً من أشراف العرب وآثرهم يومئذ في القسمة، فقال رجل: والله إن هذه القسمة ما عدل فيها، وما أريد بها وجه الله فقلت: والله لأخبرن النبي ﷺ فأخبرته، فقال: من يعدل إذا لم يعدل الله ورسوله؟ رحم الله موسى فقد أوذي بأكثر من هذا فصبر».

ثالثاً: ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في أساري بدر: «لو كان المطعم بن عدي حيّاً، وكلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له».

رابعاً: ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه رد سبي هوازن وفيه الخمس. دلت هذه التصرفات، وهذه الأحاديث على أن للإمام أن يفعل فيما يحصل عليه المسلمون من الكفار بحسب ما يرى من المصلحة، فقد أعطى المؤلفة قلوبهم وليسوا ممن ذكر في الآية، ورد الخمس على المجاهدين بأعيانهم ولم يكونوا ممّن ذكر، ودلت أيضاً على أن هذه الأصناف المذكورة في الآية المقصود منها بيان المصرف لا بيان الاستحقاق.

واستدل الشافعي وأحمد في الخلافية الأولى بينهما وبين الحنفية، وهي عدد الجهات التي يصرف فيها الخمس بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ الآية. فهذه الآية صريحة في وجوب إعطاء الخمس للأصناف التي ذكرت فيها، وقد صرفه النبي ﷺ إلى هذه الأصناف.

= **ثانياً**: أن الله أوجب الخمس لقوم موصوفين بصفات كما أوجب الأخماس الأربعة لآخرين، وقد

بعد إفرازه بقرعة خلافاً لما يوهمه كلام المصنف من أن أهل الخمس يفوزون بسهامهم قبل

= أجمعوا على أن حق الأخماس الأربعة له يستحقه غيرهم، فكذلك حق أهل الخمس قالوا: ولفظ الجلالة ذكر في الآية للتبرك به وافتتاح الأمور باسم لا لإفراده بسهم؛ لأن الله له ملك السموات والأرض. فسهم الرسول عليه الصلاة والسلام يصرف بعده في مصالح المسلمين لما روى جبير بن مطعم أن رسول الله ﷺ حين صدر من خيبر تناول بيده شيئاً من الأرض أو وبرة من بعيره، وقال: «والذي نفسي بيده مالي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس، والخمس مردود عليكم» فجعله لجميع المسلمين، ولا يمكن صرفه إلى جميع المسلمين إلا بأن يصرف في مصالحهم، وسهم لذوي القربى وهو بنو هاشم وبنو المطلب يستوي فيه غنيهم وفقيرهم لقوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ من غير فصل بين الغني والفقير؛ ولأن الحكم المعلق بوصف مشتق يؤذن بعلية مبدأ الاشتقاق، ولما رواه أحمد وأبو داود عن جبير بن مطعم قال: لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب جئت أنا وعثمان بن عفان فقلنا: يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم، لا ينكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله عز وجل منهم أرأيت إخواننا من بني عبد المطلب أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة؟ فقال: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه.

ولما روي أن النبي ﷺ أعطى العباس، وكان من أغنياء قريش؛ ولأنه حق يستحق بالقرابة بالشرع فيستوي فيه الغني والفقير كالميراث.

وأمّا الحنفية فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه في هذه الخلافية بما يأتي:

أولاً: ما رواه أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه أن الخمس كان يقسم على عهده ﷺ على خمسة أسهم: لله والرسول سهم، ولذي القربى سهم، ولليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولابن السبيل سهم؛ ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم على ثلاثة أسهم: لليتامى سهم، وللمساكين سهم، ولابن السبيل سهم، وبهذا ثبت أن الخلفاء الراشدين قسموا على ثلاثة أسهم بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليهم أحد فكان إجماعاً.

ثانياً: إن ثبوت الحق لذوي القربى في الغنيمة كان عوضاً عما حرم عليهم من الصدقات، وقد ورد ذلك في حديث: «يا بني هاشم إن الله كره لكم غسالة الناس وأوساخهم، وعوضكم عنها بخمس الخمس». والعوض إنما يثبت في حق ما من يثبت في حقه المعوض.

والمعوض وهو الصدقة لا يثبت باتفاق إلا للفقراء، فوجب أن يكون العوض وهو سهم الغنيمة خاصّاً بهم، وعلى هذا يُلغى وصف القرابة في إعطائهم بعد وفاة الرسول ﷺ؛ لأنهم كانوا يأخذونه في عهده ﷺ بوصف قرابة النصرة لا بوصف قرابة النسب، وقد فات ذلك بموته عليه الصلاة والسلام، ويدل على أنهم كانوا يأخذونه بالنصرة قوله ﷺ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام».

المناقشة:

يرد على أدلة المالكية في إعطاء المؤلفة قلوبهم والغانمين من الخمس وعدم التقيد بالجهات التي ذكرت في آية الغنيمة ـ أن الظاهر كما قال ابن تيمية ـ أن إعطاءهم كان من سهم المصالح من الخمس، ويحتمل أن يكون نفلاً من أربعة أخماس الغنيمة عند من يجيز التنفيل منها.

وأمّا ما فعله عليه الصلاة والسلام في أساري بدر وسبي هوازن فهو من قبيل المن، وليس في محل النزاع، ويرد عليهم أيضاً بأن فيه إلغاء ما نص الله عليه بما لم ينص عليه، والنص مقدم على سواه من الأدلة، فلا بد من بقائه ولو في بعض الجهات.

ويقال للحنفية في الدليل الأول: إن حديث أبي يوسف في سنده الكلبي، وهو مضعف عند أهل الحديث. =

وَالأَصَحُّ أَنَّ النَّفَلَ يَكُونُ مِنْ خُمُسِ الخُمُسِ المُرْصَدِ لِلْمَصَالِحِ إِنْ نَفَلَ مِمَّا سَيُغْنَمُ فِي هٰذا الْقِتَالِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُنَفِّلَ مِنْ مَالِ المَصَالِحِ الحَاصِلِ عِنْدَهُ،

قسمة الأخماس الأربعة، ولا فرق في ذلك بين العقار والمنقول لعموم الآية، ويستحب أن تكون هذه القسمة في دار الحرب كما فعل النبي ﷺ وتأخيرها بلا عذر إلى العود إلى دار الإسلام مكروه، وذكر الماوردي والبغوي أنه يجب التعجيل، ولا يجوز التأخير من غير عذر لما فيه من الإضرار بالغانمين، وقال الأذرعي: إنه ظاهر لا شك فيه إذا طلبها الغانمون بلسان القال أو الحال، ولو شرط الإمام للجيش أن لا يخمس عليهم لم يصح شرطه ووجب تخميس ما غنموه سواء أشرط ذلك للضرورة أم لا، وقيل: إن شرطه لضرورة لم يخمس. قال في زيادة الرّوضة آخر الباب وهو شاذ باطل (**والأصحّ أن النفل**) بنون مفتوحة ففاء خفيفة مفتوحة وتسكن أيضاً (**يكون من خمس الخمس المرصد للمصالح**) لرواية الشافعي عن مالك عن أبي الزناد أنه سمع سعيد بن المسيب يقول: كان الناس يعطون النفل من الخمس. قال الشافعي رضي الله تعالى عنه: يريد من خمس النبي ﷺ، والثاني: من أصل الغنيمة كالسلب، والثالث: من أربعة أخماسها كالمصحح في الرضخ، وهذا الخلاف محله (**إن نفل مما سيغنم في هذا القتال**) وفاء بالشرط أو الوعد ويغتفر الجهل به للحاجة، فيشترط الربع أو الثلث أو غيرهما.

تنبيه: قوله: **نفل**. قال السبكي: يجوز فيه التشديد إذا عديته إلى اثنين والتخفيف إذا عديته إلى واحد، وقد كتب المصنف عليه بخطه خف؛ لأن معناه جعل النفل (**ويجوز**) جزماً (**أن ينفل من مال المصالح الحاصل عنده**) في بيت المال؛ لأن ذلك من جملة المصالح ولا تغتفر الجهالة حينئذ، بل لا بدّ أن يكون معلوماً؛ لأنه جعالة ولا ضرورة إلى احتمال الجهل في الجعل.

= ويقال لهم فيه أيضاً: إن الإجماع الذي حصل إنما هو إجماع الخلفاء الراشدين وحدهم؛ وإلّا فهو محل النزاع إلى اليوم بين العلماء، هذا على فرض حصوله مع أنه لم يثبت؛ لأن الإمام الشافعي في الأم روى ما يثبت أن الخلفاء أعطوا ذوي القربى نصيبهم منه.

ويقال لهم في الدليل الثاني: إن الكمال بن الهمام قال: إن الحديث بهذا اللفظ غريب، ولفظ العوض إنما وقع في عبارة بعض التابعين، ثم كون العوض يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض ممنوع.

ثم إن مذهب الحنفية يقتضي أن المراد بقوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ الفقراء، فيقتضي استحقاق فقرائهم أو كونهم مصرفاً مستمراً، وينافيه اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين إياهم مطلقاً كما هو ظاهر ما روينا من أنهم لم يعطوا ذوي القربى شيئاً من غير استثناء فقرائهم.

وكذا ينافيه إعطاؤه ﷺ الأغنياء منهم كما روي أنه أعطى العباس، وكان له عشرون عبداً يتجرون، على أن وصف القرابة لا يكاد يفهم منه في اصطلاح القرآن واللغة سوى قرابة النسب، أما النصرة فهي معروفة باسمها أو باسم الموالاة، وبهذا يكون حمل ذوي القربى على قرابة النصرة بالنظر إلى زمن الرسول ﷺ حملاً للفظ على ما لا يفهم منه.

وَالنَّفَلُ زِيَادَةٌ يَشْتَرِطُهَا الْإِمَامُ أَوِ الْأَمِيرُ لِمَنْ يَفْعَلُ مَا فِيهِ نِكَايَةُ الْكُفَّارِ وَيَجْتَهِدُ في قَدْرِهِ، وَالْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ عَقَارُهَا وَمَنْقُولُهَا

تنبيه: لا يختص ذلك بالحاصل عنده كما يفهمه كلامه، بل يجوز أن يعطى مما يتجدّد فيه، وقضية كلامه التخيير بين خمس الخمس والمصالح. قال الرافعي: والأشبه أن يجتهد ويراعي المصلحة **(والنفل)** لغة الزيادة، وشرعاً **(زيادة)** على سهم الغنيمة **(يشترطها الإمام أو الأمير لمن يفعل ما فيه نكاية للكفار)** زائدة على ما يفعله بقية الجيش كالتقدّم على طليعة والتهجم على قلعة والدلالة عليها وحفظ مكمن، ويجوز إفراد المشروط له وتعدّده وتعيينه وعدم تعيينه كمن فعل كذا فله كذا. هذا أحد قسمي النفل، وشرطه أن تدعو الحاجة إليه لكثرة العدوّ وقلة المسلمين، واقتضى الحال بعث السرايا وحفظ المكامن، وكذلك فعل رسول الله ﷺ في بعض غزواته دون بعض، والقسم الثاني: أن ينفل من صدر منه أثر محمود كمبارزة وحسن إقدام، وهذا يسمى إنعاماً وجزاء على فعل ماض شكراً، والأول جعالة. ولكن يتعين كون هذا بما عنده من سهم المصالح أو من تلك الغنيمة.

تنبيه: قد يفهم كلامه أن التنفيل إنما يكون قبل إصابة المغنم، وهو ما قال الإمام: إنه ظاهر كلام الأصحاب. أما بعد إصابته فيمتنع أن يخص بعضهم ببعض ما أصابوه **(ويجتهد)** الشارط **(في قدره)** بحسب قلة العمل وكثرته وقد صح في الترمذي وغيره أنه ﷺ كان ينفل في البدأة الربع وفي الرجعة الثلث، والبدأة بفتح الباء الموحدة وإسكان الدال المهملة وبعدها همزة السرِّية التي يبعثها الإمام قبل دخول دار الحرب مقدّمة له، والرَّجعة وهي بفتح الراء السرِّية التي يأمرها بالرجوع بعد توجه الجيش لدارنا، وإنما نقص في البدأة لأنهم مستريحون إذ لم يطل بهم السفر، ولأن الكفار في غفلة، ولأن الإمام من ورائهم يستظهرون به، والرجعة بخلافها في كل ذلك، وقيل: البدأة السرية الأولى والرجعة الثانية، ويقال للرجعة: القُفُول بضم القاف، وتجوز الزيادة على الثلث والنقص عن الربع بحسب الاجتهاد **(والأخماس الأربعة عقارها ومنقولها)**[1] أي الباقي منها بعد تقديم ما يجب تقديمه من المؤن كما سبق

(١) المال المغنوم من الكفار إما أن يكون عقاراً أو منقولاً، وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز المنّ بالمنقول استقلالاً على الكفار بل يكون ملكاً للمسلمين يجب تخميسه كما ورد في قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء﴾ الآية. وقال الحنفية: يجوز المنّ به تبعاً كأدوات الزراعة بالقدر الذي يهيء لهم العمل في الأرض، وذلك لتوقف منفعة الأرض على الآلات. وسيأتي الكلام على كيفية قسمته عند الأئمة.

وأما العقار فقد اختلفوا فيه على المذاهب الآتية:

فالشافعية وأحمد في رواية عنه يرون أنه يجب قسمته بين الغانمين كالمنقول، ولا يجوز المن؛ على الكفار.

والمالكية وأحمد في رواية أخرى يرون أنه يترك لجميع المسلمين على أن يؤخذ خراجه ممّن هو في يده ويصرف في مصالح المسلمين، ولا يختص أحد بملك شيء منه، وهذا عند المالكية في غير الدور، أما

لِلْغَـانِمِينَ، وَهُمْ مَنْ

(للغـانمين) لإطلاق الآيـة الكريمـة وعملاً بفعله ﷺ في أرض خيبـر (وهم) أي الغانمـون (من

= هي فالمعتمد أنها لا تقسم.

ويرى الحنفية أن الإمام مخير فيه بين القسمة على الغانمين وبين أن يمنّ به على أهله تمليكاً لهم في مقابل ضرب الجزية عليهم والخراج على الأرض، ويكونون أحراراً ذمة للمسلمين.

ويـرى الحنابلة في روايـة ثالثـة أن الإمام مخيـر بين قسمتها على الغـانمين وبين وقفهـا على جميـع المسلمين وضرب الخراج عليها. قالوا: وهي ظاهر المذهب.

استدل الشافعية بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ الآية فأضاف الغنيمة إلى الغانمين، وأخرج منها الخمس لأهله فبقيت الأخماس الأربعة للغانمين، وهذا حكم ما حصل من الغنائم من أهل دار الحرب قل أو كثر عقاراً أو منقولاً، ولو جاز أن يدعي الخصوص في الأرض لجاز أن يدعي في غيرها فيبطل حكم الآية.

ثانياً: ما رواه أحمد ومسلم عن أبي هريرة أن رسـول الله ﷺ قال: «أيمـا قريـة أتيتموهـا فأقمتم بهـا فسهمكم فيها، وأيما قرية عصت الله ورسوله فأن خمسها لله ورسوله ثم هي لكـم» وهذا الحديث صريح في أن أرض العنوة حكمها حكم سائر الأموال المغنومة، وأن خمسها لأهل الخمس، وأربعة أخماسها للغانمين، وما حصل من سيدنا عمر لم يكن حبساً لأرض العراق ابتداء، بل قسمها بين الغانمين ثم استطاب نفوسهم في تركها للمسلمين ينتفع بها أولهم وآخرهم.

واستدلّ المالكية بما رواه مـالك رضي الله عنـه قال: بلغني أن بـلالاً وأصحابـه سألـوا عمر في قسم الأرض المأخوذة عنوة فأبى ذلك عليهم، وكان بلال من أشد الناس عليه كلاماً، فزعم من حضر ذلك أن عمر دعا عليهم فقال: «اللهم اكفنيهم فلم يأت الحول وواحد منهم حيّ».

قالوا: ولم ينكر أحد من الصحابة على عمـر، وتلاه عثمـان وعلي في ذلك، وقـد غنم عليه الصـلاة والسلام غنائم وأراضٍ فلـم ينقل أنه قسم منها إلاّ خيبر، ولعل ذلك لمصلحة اقتضت ذلك لم نعلمها، وهذا إجماع من السلف.

واستدل الحنفية بأن النبي ﷺ قسم أرض خيبر، ولم يقسم عمر أرض الشام والعراق بل أقر أهلها عليها وضرب عليها الخراج، ووافقه الصحابة، وقال عمر تبريراً لعدم قسمتها: «وأما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس بَبَّاناً ليس لهم من شيء ما فتحت عليّ قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر، ولكني أتركها خزانة لهم يقتسمونها» فدل هذان التصرفان على أن الإمام مخير بين القسمة وبين إقرار أهلها عليها، وذلك تبعاً لما يراه من المصلحة.

وقد قسم النبي ﷺ بين الغانمين، وتركها عمر لتكون عدة للنوائب بما يؤخذ عليها من الخراج.

واستدلّ الحنابلة بأن كلاً من القسمة والوقف ثبت فيـه الحجة عن النبيّ ﷺ فـإنه قسم نصف خيبـر، ووقف نصفها، وبأن عمر قال: «لولا آخر الناس لقسمت الأرض كما قسم رسـول الله ﷺ خيبر» فقـد وقف الأرض مع علمه بفعل النبي ﷺ فدل على أن فعله لم يكن متعيناً، كيف والنبي ﷺ قد وقف نصف خيبر ولو كانت متعينة للغانمين لم يقفها؟، قال أبو عبيد: تواترت الأخبار في افتتـاح الأرض عنوة بهـذين الحكمين: حكم رسول الله ﷺ في خيبر حين قسمها، وبه أشار بلال وأصحابه في أرض الشام والزبير في أرض مصر، وحكم عمر في أرض السواد حين وقف، وبه أشار عليّ ومعاذ على عمر، فدلّ هذا على أن النظر في المسألة إلى الإمام فما رأى فيه المصلحة فعله. =

حَضَـرَ الْوَقْعَةَ بِنِيَّةِ الْقِتَالِ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ،

حضر الوقعة) ولو في أثنائها قبل الانقضاء ولو عند الإشـراف على الفتح، وعلق بحضـر قولـه: **(بنية القتال وإن لم يقاتل)** مع الجيش لقول أبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما: إنما الغنيمة لمن شهـد الوقعـة، رواه الشافعي رحمـه الله تعـالى. قـال المـاوردي: ولا مخـالف لهمـا من الصحابة، ولأن المقصود تهيؤه للجهاد وحصوله هناك، فإن تلك الحـالة بـاعثة على القتـال ولا يتأخر عنه في الغالب إلا لعدم الحاجة إليه مـع تكثيره سـواد المسلمين، وكذا من حضـر لا بنية القتال وقاتل في الأظهر.

تنبيه: هذا الضابط يشمل من يرضخ له كالصبي والكـافر، فلو قـال: ممن يسهم له كمـا فعل في الروضة لخرج. قال السبكي: ويحتمل إبقاء الكلام على عمـومه ومن يـرضخ لهم من

= ورد على الشافعية أن دعوى الخصوص في الأرض لدليل قام عليه وهـو فعل عمـر رضي الله عنه مـع موافقة الأصحاب له. لا يستدعي جوازه في غير الأرض لعدم الدليل عليه فلا يبطل حكم الآية كما يقولون.

وحديث أبي هريرة يرد عليه احتمال أن المصلحة إذ ذاك كانت تقضي بقسمتها بين الغانمين، وقد فهم ذلك عمر رضي الله عنه، ولم يقسم أرض العراق والشام، بل تركها وقفاً لجماعة المسلمين، وقول الشافعية: إن عمر رضي الله عنه استطاب نفوس الغانمين الذين افتتحوا أرض السّواد مدفوع بأنهم كانوا يقولون ـ وهو يقول ـ حتى ظهرت حجته، ووافقه جمهور الصحابة، ومثل هذا لا يكون في الاستطابة وعدمها.

وقد يقال من جانب الشافعي: إن آية الأنفال وآيـة الحشر متـواردتان على شيء واحـد، وأن الجميع يسمى فيئاً وغنيمة، قال فيه الشوكاني: «ولكنه يرد عليه أن ظاهر سوق آية الحشر أن الفيء غير الغنيمة، وأنّ له مصرفاً عامّاً، ولذلك قال عمر: إنها عمت الناس بقوله: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ ولا يتأتى حصة لمن جاء من بعدهم إلا إذا بقيت الأرض متروكة للمسلمين؛ إذ لو استحقها المباشرون للقتال وقسمت بينهم توارثها ورثة هؤلاء فكانت القرية أو البلد تصير إلى امرأة أو صبيّ صغير».

ونوقش مذهب المالكية القاضي بالوقف لا غير بأن قول عمر رضي الله عنه: «والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس ببّاناً ليس لهم من شيء ما فتحت عليّ قرية إلاّ قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر، ولكن أتركها خزانة لهم يقتسمونها» صريح في أن الإمام مخير بين القسمة وبين تركها محبوسة للمسلمين.

وما استدلوا به لا يدل على تعين الوقف، وإنما كان ما فعله عمر للمصلحة التي رآها، وليس فيه ما يدل على أن الحكم خاص به كما هو صريح قوله المتقدم.

وقيل للحنفية: إن ما استدللتم به من فعل الـرسول ﷺ والأصحـاب صحيح، ودل على التخييـر بين القسمة والترك بيد أهلها، ولكن بقي أن ذلك الترك يحتمل أن يكون على سبيل الملكية لأهلها كما تدعون، ويحتمل أن يكون وقفاً على جميع المسلمين وليس ملكاً لأحد منهم، كمـا أنه ليس ملكـاً لأهلها كمـا يرى غيركم، وليس لكم دليل على أنها تترك ملكاً لأربابها فلم يتم لكم الدليل على مدعاكم، وهو أنها تترك ملكاً لهم، كيف وعبارة عمر صريحة في استبقائها وقفاً لنوائب المسلمين وإعانة للذين يجيئـون بعد؟، وهـذا لا يقتضي ثبوت الملك لأهلها فيحتاج إلى دليل. قال في فتح الباري: «وقد اشتد نكير كثير من فقهاء الحديث لمقالة الكوفيين، وهي أنها تبقى ملكاً لمن كان بها من الكفرة».

وقد جاء في القرطبي قوله: «غير أن الكوفيين زادوا على ما فعل عمر؛ فإن عمر إنما وقفها على مصالح المسلمين، ولم يملكها لأهل الصلح، وهم قالوا: إن للإمام أن يملكها لأهل الصلح».

وَلَا شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ ، وَفِيمَا قَبْلَ حِيَازَةِ المَالِ وَجْهٌ ، وَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ انْقِضَائِهِ وَالحِيَازَةِ فَحَقُّهُ لِوَارِثِهِ وَكَذا بَعْدَ

جملة الغانمين فلا حاجة إلى إخراجهم وهو كما قال ابن النقيب صحيح بناء على أن الرضخ من الأخماس الأربعة، وأورد على منطوق المتن صورتان: الأولى المخذل والمرجف والخائن إذا حضروا الوقعة لا يستحقون سهماً ولا رضخاً وإن حضروا بنية القتال وقاتلوا، بل يمنعون من حضور الصف ولا يمنع الفاسق من الصف وإن لم يؤمن تخذيله، والمخذل من يثبط القوم كأن يقول: العدوّ كثير ولا نقدر عليهم، والمرجف من يخوّف القوم كأن يقول: جاء العدوّ مدد، والخائن من يطلع الكفار على عورات المسلمين. الثانية: المنهزم غير متحرف لقتال، أو متحيز إلى فئة ولم يعد فإنه لا يستحق شيئاً مع حضوره، فإن عاد قبل انقضاء الوقعة استحق من المحوز بعده فقط، وكذا من حضر في الأثناء لا يستحق من المحوز قبله. قال المصنف رحمه الله تعالى: وكلام من أطلق محمول عليه بخلاف المتحيز إلى فئة قريبة فإنه يعطى لبقائه في الحرب معنى بخلاف المتحيز إلى بعيدة، وإن ادّعى التحيز إلى فئة قريبة، أو التحرف لقتال صدّقناه بيمينه إن أدرك الحرب، وإن حلف استحق من الجميع، وإن نكل لم يستحق إلا من المحوز بعد عوده، بخلاف ما إذا لم يدرك الحرب لا يصدّق في ذلك؛ لأن الظاهر خلافه، وعلى مفهومه ثلاث صور، الأولى: ما لو بعث الإمام جاسوساً فغنم الجيش قبل رجوعه فإنه يشاركهم في الأصح، الثانية: لو طلب الإمام بعض العسكر ليحرس من هجوم عدوّ، أوأفرد من الجيش كميناً، فإنه يسهم لهم وإن لم يحضروا الوقعة؛ لأنهم في حكمهم، ذكره الماوردي وغيره. الثالثة: لو دخل الإمام أو نائبه دار الحرب بجيش فبعث سرية في ناحية فغنمت شاركها جيش الإمام وبالعكس لاستظهار كل منهما بالآخر، ولو بعث سريتين إلى جهة اشترك الجميع فيما تغنم كل واحدة منهما، وكذا لو بعثهما إلى جهتين وإن تباعدتا على الأصح، ولا يشارك السرايا الإمام ولا جيشه إن كانوا في دار الإسلام وإن قصد لحوقهم **(ولا شيء لمن حضر بعد انقضاء القتال)** ولو قبل حيازة المال، أو خيف رجوع الكفار لعدم شهود الوقعة **(وفيما)** بعد الانقضاء و **(قبل حيازة المال وجه)** أنه يعطى؛ لأنه لحق قبل تمام الاستيلاء.

تنبيه: تردّد الرّافعي في حكاية هذا وجهاً أو قولاً، ورجح المصنف في الروضة أنه قول، وصور هذه المسألة أربع: حاضر قبل انقضاء الحرب والحيازة فيستحق جزماً، أو بعدهما فلا جزماً، أو بعد الانقضاء وقبل الحيازة فلا على الصحيح، أو عكسه فيستحق كما يفهمه كلام المصنف خلافاً للرافعي **(ولو مات بعضهم)** أي الغانمين، أو خرج عن أن يكون من أهل القتال بمرض أو نحوه **(بعد انقضائه)** أي القتال **(و)** بعد **(الحيازة فحقه)** من المال إن قلنا: إن الغنيمة تملك بالانقضاء والحيازة، أو حق تملكه إن قلنا: إنها إنما تملك باختيار التملك أو القسمة وهو الصحيح **(لوارثه)** كسائر الحقوق، وعبارة المصنف تصدق بما قلناه **(وكذا)** لو مات **(بعد**

الإنْقِضَاءِ وَقَبْلَ الحِيَازَةِ في الأَصَحِّ، وَلَوْ مَاتَ في الْقِتَالِ فالمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ، وَالأَظْهَرُ أَنَّ الأَجِيرَ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ وَحِفْظِ الأَمْتِعَةِ، وَالتَّاجِرَ وَالمُحْتَرِفَ يُسْهَمُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا، ولِلرَّاجِلِ سَهْمٌ، ولِلْفَارِسِ ثَلَاثَةٌ،

الانقضاء وقبل الحيازة في الأصح) بناء على أن الغنيمة تملك بالانقضاء. والثاني: لا، بناء على أنها تملك بالانقضاء مع الحيازة، وهل المملوك عليهما نفس الأعيان أو حق تملكها؟ وجهان وكلاهما يورث كما مرّ، وتقدم أنها إنما تملك باختيار التملك أو القسمة على الصحيح **(ولو مات في)** أثناء **(القتال فالمذهب أنه لا شيء له)** هذا هو المنصوص فلا يخلفه وارثه فيه، ونصّ في موت الفرس حينئذ أنه يستحق سهمها، والأصح تقرير النصين؛ لأن الفارس متبوع، فإذا مات فات الأصل والفرس تابع، فإذا مات جاز أن يبقى سهمه للمتبوع، وقيل: قولان فيهما وجه الاستحقاق شهود بعض الوقعة، ووجه المنع اعتبار آخر القتال فإنه وقت الظفر.

تنبيه: قوله مات في القتال، ظاهره أنه لا فرق بين أن يكون بعد حيازة المال أولا وهو كذلك، وقول الأذرعي: ان القياس يستحق نصيبه إذا مات بعد حيازة المال ممنوع؛ لأنا لم نأمن شرّهم ما دامت الحرب باقية، وهو مقتضى إطلاق كلام الأصحاب، ولو مرض في أثناء الحرب مرضاً يمنع القتال وهو يرجى زواله استحقّ، وكذا إن لم يرج كالفالج والزمانة على الأظهر في الروضة؛ لأنه ينتفع برأيه ودعائه بخلاف الميت، والجنون كالموت وأولى بالاستحقاق، والجراحة في الحرب كالمرض، وأولى بالاستحقاق من المغمى عليه وجهان أوجههما أنه يسهم له؛ لأنه نوع من المرض **(والأظهر أن الأجير)** الذي وردت الإجارة على عينه مدّة معينة لا لجهاد، بل **(لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة)** ونحوها **(والتاجر والمحترف)** كالخياط والبقال **(يسهم لهم إذا قاتلوا)** لشهودهم الوقعة وقتالهم. والثاني: لا؛ لأنهم لم يقصدوا الجهاد. أما من وردت الإجارة على ذمته أو بغير مدة كخياطة ثوب فيعطى وإن لم يقاتل، وأما الأجير للجهاد فإن كان مسلماً فلا أجرة له لبطلان إجارته؛ لأنه بحضور الصف تعين عليه ولم يستحق السهم في أحد وجهين، قطع به البغوي واقتضى كلام الرافعي ترجيحه لإعراضه عنه بالإجارة ولم يحضر مجاهداً، ويأتي الكلام على إجارة الذمي، ولو أفلت أسير من يد الكفار، أو أسلم كافر أسهم له إن حضر الصف وإن لم يقاتل؛ لشهوده الوقعة ولقصد من أسلم إعلاء كلمة الله تعالى بالإسلام فيقبح حرمانه، وإنما يسهم لكل منهما مما حيز بعد حضوره، فإن كان هذا الأسير من جيش آخر أسهم له إن قاتل؛ لأنه قد بان بقتاله قصده للجهاد وإن لم يقاتل فكذا في أحد وجهين وصححه في الشرح الصغير لشهوده الوقعة **(وللراجل سهم وللفارس ثلاثة)**[1] له سهم وللفرس سهمان للاتباع فيهما. رواه الشيخان، ومن حضر بفرس

---

(١) الأخماس الأربعة قد اتفق الفقهاء على أن المسلم المقاتل إذا كان راجلاً فله سهم واحد في الغنيمة، واختلفوا

يركبه يسهم له وإن لم يقاتل عليه إذا كان يمكنه ركوبه لا إن حضر معه ولم يعلم به فلا يسهم له، ولو استعار فرساً أو استأجره أو غصبه ولم يحضر المالك الوقعة أو حضر وله فرس غيره أسهم له لا للمالك؛ لأنه الذي أحضره وشهد به الوقعة. أما إذا كان المالك حاضراً ولا فرس له وعلم بفرسه، أوضاع فرسه الذي يريد القتال عليه فإنه يستحق سهمه كما علم مما مرّ، وإن كان معه فرس فلا يستحق سهم المغصوب ولا الضائع لما سيأتي أنه لا يعطى إلا لفرس واحد، ولو ركب شخصان فرساً وشهدا الوقعة، وقويت على الكرّ والفرّ بهما أعطيا أربعة أسهم، سهمان لهما وسهمان للفرس، وإن لم تقو على ذلك فلهما سهمان، ولو قاتلوا في ماء أو حصن وقد أحضر الفارس فرسه أعطى الأسهم الثلاثة؛ لأنه قد يحتاج إلى الركوب، نصّ عليه، وحمله ابن كج على من بقرب الساحل واحتمل أن يخرج ويركب وإلا فلا معنى لإعطائه سهم الفرس وأقرّاه.

تنبيه: هذا كله في غنيمة الكاملين، فلو انفرد أهل الرضخ بغنيمة خمست وقسم الباقي

= في نصيب الفارس، فذهب أكثر أهل العلم ومنهم الأئمة مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وغيرهم إلى أن الفارس له في الغنيمة ثلاثة أسهم: سهمانِ لفرسه، وسهم له.

وذهب أبو حنيفة والهادوية إلى أن للفارس سهمين: واحداً له وواحداً لفرسه.

استدل الجمهور بما روي عن النبي ﷺ أنه أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم: «سهم له وسهمان لفرسه» رواه أحمد وأبو داود.

وفي لفظ: «أسهم للفرس سهمين وللرجل سهماً» متفق عليه، وفي لفظ: «أسهم يوم حنين للفارس ثلاثة أسهم للفرس سهمان وللرجل سهم» رواه ابن ماجة، وهذا الحديث قد فسره نافع فقال: «إذ لو كان مع الرجل فرس فله ثلاثة أسهم؛ فإن لم يكن معه فرس فله سهم، والحكمة في تضعيف سهم الفرس واضحة، وهي أن الفرس تحتاج إلى مؤنة لخدمتها وعلفها؛ ولأن لها موقفاً عظيماً في قلوب الأعداء فيحصل لهم منها الرعب والخوف؛ لذلك جعل الشارع لها سهمين.

واستدل أبو حنيفة بما رواه أحمد وأبو داود عن مجمّع بن جارية الأنصاري قال: «قسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر سهماً، وكان الجيش ألفاً وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس، فأعطى الفارس سهمين، والراجل سهماً». وقد نقل عن أبي حنيفة أنه قال: إنه يكره أن يفضل بهيمة على مسلم، وحمل حديث ابن عمر على التنفيل جمعاً بين الدليلين. يرد على الحديث الذي استدل به أبو حنيفة أنه أخرجه أحمد عن أسامة وابن نمير معا بلفظ: «أسهم للفرس»، وقد رواه علي بن الحسين بن شقيق بهذا اللفظ أيضاً، وقيل: إن إطلاق الفرس على الفارس مجاز مشهور، وفيه قوله: يا خيل الله اركبي، وعلى كون الفرس هنا مستعملاً في حقيقته يمكن تأويله بأن المراد أنه أسهم للفارس بسبب فرسه سهمين غير سهم المختص به، وكما أشار إلى ذلك الحافظ ابن حجر، وأما قول أبي حنيفة ـ رضي الله عنه ـ: «إنه يكره أن يفضل بهيمة على مسلم» فهو مردود بأن السهام كلها في الحقيقة للرجل لا للبهيمة، فليس فيه تفضيل للبهيمة على الرجل، ولو سلم التفضيل فقد فضل الحنفية الدابة على الإنسان في بعض المواضع، فقالوا لو قتل كلب صيد قيمته عشرة آلاف درهم أداها، ولو قتل عبداً مسلماً لم يؤد فيه إلا ما دون عشرة آلاف، وأما حمل حديث الجمهور على التنفيل فهو حمل بعيد؛ لأنه قد تقرر في الأصول أن التأويل إنما يكون في الدليل المرجوح لا في الدليل الراجح، ودليل الجمهور راجح.

وَلَا يُعْطى إلَّا لِفَرَسٍ واحِدٍ عَرَبِيّاً كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، لَا لِبَعِيرٍ وَغَيْرِهِ، ولَا يُعْطى لِفَرَسٍ أَعْجَفَ وَمَا لَا غَنَاءَ فِيهِ، وَفِي قَوْلٍ يُعْطَى إنْ لَمْ يُعْلَمْ نَهْيُ الأَمِيرِ عَنْ إِحْضَارِهِ، وَالْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ وَالذِّمِّيُّ إِذَا حَضَرُوا فَلَهُمُ الرَّضْخُ

بينهم بقدر نفقتهم، ويتبعهم صغار السبي في الإسلام، فإن حضر معهم كامل فالغنيمة له ويرضخ لهم **(ولا يعطي)** الفارس **(إلا لفرس واحد)** وإن كان معه أكثر لما روى الشافعي وغيره: «أَنَّهُ ﷺ لَمْ يُعْطِ الزُّبَيْرِ إِلَّا لِفَرَسٍ وَكَانَ مَعَهُ يَوْمَ حُنَيْنٍ أَفْرَاسُ» **(عربياً كان)** الفرس **(أو غيره)** كالبرذون، وهو ما أبواه أعجميان، والهجين وهو ما أبوه عربيّ دون أمه، والمُقْرِف بضم الميم وسكون القاف وكسر الراء عكسه؛ لأن الكرّ والفرّ يحصل من كل منهما ولا يضرّ تفاوتهما كالرجال **(لا لبعير وغيره)** كالبغل والحمار والفيل؛ لأنها لا تصلح للحرب صلاحية الخيل له بالكرّ والفرّ، واستأنسوا له بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦٠] فخصها بالذكر، وصوّب في الشامل عن الحسن البصري أنه يسهم للإبل لقوله تعالى: ﴿فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلَا رِكَابٍ﴾ [الحشر: ٦] لكن السنة بينت أنه إنما يسهم للخيل. وأما غيرها فيرضخ له، ويفضل الفيل على البغل، والبغل على الحمار. واختلف في تفضيل البعير على البغل وعكسه فقيل: يفضل البعير لما نقل عن الحسن البصري، وقيل: يفضل البغل، وجرى عليه في الأنوار، والأوّل استظهره شيخنا، وحمل بعضهم كلام من فضل البعير على البغل على الهجين وكلام من عكس على غيره، وهذا أظهر، والحيوان المتولد بين ما يرضخ له، وما يسهم له حكم ما يرضخ له، ولا يدخل الإمام دار الحرب إلا فرساً شديداً **(و)** حينئذ **(لا يعطى)** السهم **(لفرس أعجف)** أي مهزول بين الهزال **(وما لا غناء)** بفتح المعجمة وبالمدّ أي لا نفع **(فيه)** كالهرم والكبير لعدم فائدته بل هو على صاحبه **(وفي قول: يعطى إن لم يعلم نهي الأمير عن إحضاره)** بأن لم ينهه الأمير أو لم يبلغه النهي كما يعطى الشيخ الكبير إذا حضر، وأجاب الأوّل بأن الشيخ ينتفع برأيه ودعائه. نعم يرضخ له.

تنبيه: محل الخلاف إذا تأتي ركوبه وإلا لم يعط قطعاً. قاله الإمام، وأفهم أنه إذا علم بنهي الأمير عن إحضاره لا يسهم له قطعاً، وهو كذلك، ولو أحضره صحيحاً ثم طرأ عجفه فكطروّ موته، ولو أحضره أعجف فصح نظر إن كان حال حضور الوقعة صحيحاً أسهم له، وإلا فلا كما بحثه بعض المتأخرين. قال الأذرعي: وينبغي أن يلحق بالأعجف الحرون الجموح، وإن كان شديداً قوياً؛ لأنه لا يكرّ ولا يفر عند الحاجة، بل قد يهلك راكبه اهـ، وهو حسن ولم يتعرض المصنف لسنّ الفرس، وذكره الرافعي في المسابقة، فقال: والذي تجوز المسابقة عليه من الخيل ما يسهم له. وهو الجذع والثني، وقيل: وإن كان صغيراً **(والعبد والصبي)** المجنون **(والمرأة)** والخنثى **(والذمي)** والذمية **(إذا حضروا)** الوقعة مع غيرهم كما يعلم مما مر وأذن الإمام للذمي والذمية ولم يستأجرا كما سيأتي وفيهم نفع **(فلهم الرضخ)** للاتباع، رواه

وَهُوَ دُونَ سَهْمٍ يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ في قَدْرِهِ، وَمَحَلُّهُ الأَخْمَاسُ الأَرْبَعَةُ في الأَظْهَرِ. قُلْتُ: إِنَّمَا يُرْضَخُ لِذِمِّيٍّ حَضَرَ بِلاَ أُجْرَةٍ، وَبِإِذْنِ الْإِمَامِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

في العبد الترمذي وصححه، وفي النساء والصبيان البيهقي مرسلا، وفي قوم من اليهود أبو داود بلفظ أسهم وحمل على الرضخ، والرضخ مستحق، وقيل: مستحب، وسواء أذن السيد والولي والزوج في الحضور أم لا، والرضخ لسيد العبد، وإن لم يأذن.

تنبيه: محل ما ذكره المصنف إذا كان فيهم نفع كما قدّرته في كلامه تبعاً لنص البويطي وتعبيره بالذمي يقتضي أن غيره من الكفار لا يرضخ له. قال الأذرعي: والظاهر إلحاق المستأمن والمعاهد والحربي بالذمي إذا حضروا بإذن الإمام بحيث يجوز له الاستعانة بهم، ويدل تعبير التنبيه وغيره بالكافر. قال: وأما المبعض فالظاهر أنه كالعبد، ويحتمل أن يقال: إن كان هناك مهايأة وحضر في نوبته أسهم له وإلا رضخ اهـ، والأوجه كما قال شيخي الأوّل، وإن قال بعض المتأخرين: الوجه الثاني؛ لأن الرقيق ليس من أهل فرض الجهاد والمبعض كذلك، ويرضخ أيضاً للأعمى إن حضر والزمن وفاقد أطراف، وكذا تاجر ومحترف حضرا ولم يقاتلا **(وهو)** أي الرضخ لغة العطاء القليل، وشرعاً شيء **(دون سهم)** لراجل **(يجتهد الإمام في قدره)** لأنه لم يرد فيه تحديد فرجع إلى رأيه. ويفاوت على قدر نفع المرضخ له فيرجح المقاتل ومن قتاله أكثر على غيره، والفارس على الراجل، والمرأة التي تداوي الجرحى وتسقي العطشى على التي تحفظ الرجال بخلاف سهم الغنيمة، فإنه يستوي فيه المقاتل وغيره؛ لأنه منصوص عليه، والرضخ بالاجتهاد لكن لا يبلغ به سهم راجل، ولو كان الرضخ لفارس، كما جرى عليه ابن المقري؛ لأنه تبع للسهام فنقص به عن قدرها كالحكومة مع الأروش المقدّرة.

تنبيه: ظاهر كلامهم أن المسلم يستحق الرضخ وإن استحق السلب، وهو كذلك خلافاً لابن الرفعة لاختلاف السبب **(ومحله)** أي الرضخ **(الأخماس الأربعة في الأظهر)** لأنه سهم من الغنيمة يستحق بحضور الوقعة إلا أنه ناقص. والثاني: أنه من أصل الغنيمة كالمؤن. والثالث: أنه من خمس الخمس سهم المصالح **(قلت: إنما يرضخ لذمي)** وما ألحق به من الكفار **(حضر بلا أجرة، و)** كان حضوره **(بإذن الإمام)** أو الأمير وبلا إكراه منه **(على الصحيح والله أعلم)** ولا أثر لإذن الآحاد. والثاني: فيما إذا أذن الإمام لا يرضخ له. والثالث: إن قاتل استحق وإلا فلا، فإن حضر بأجرة فله الأجرة، ولا شيء له سواها جزماً؛ لأنه أخذ عن حضوره بدلاً فلا يقابل ببدل آخر، ويجوز أن يبلغ بالأجرة سهم راجل.

تنبيه: إنما قال: بأجرة ولم يقل: بإجارة ليشمل الإجارة والجعالة فإنهما سواء، فإن حضر بلا إذن الإمام أو الأمير فلا رضخ له بل يوزره الإمام إن رآه، وإن أكرهه الإمام على الخروج استحق أجرة مثله من غير سهم ورضخ لاستهلاك عمله عليه كما قاله الماوردي.

خاتمة: لو زال نقص أهل الرضخ قبل أن ينقضي الحرب بإسلام أو بلوغ أو إفاقة أو عتق أو وضوح ذكورة مشكل أسهم لهم أو بعد انقضائها فليس لهم إلا الرضخ كما قاله الماوردي، ولو غزت طائفة وليس فيهم أمير من جهة الإمام فحكموا واحداً في القسمة صحت إن كان أهلاً وإلا فلا، حكاه المصنف عن الشيخ أبي محمد.

كِتَابُ قَسْمِ الصَّدَقَاتِ

الْفَقِيرُ: مَنْ لَا مَالَ لَهُ وَلَا كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعاً مِنْ حَاجَتِهِ،

كِتَابُ قَسْمِ الصَّدَقَاتِ

أي الزكوات على مستحقيها. وأما صدقة التطوّع فقد أفردها المصنف بفصل آخر هذا الكتاب وجمعها لاختلاف أنواعها من نقد وحبّ وغيرهما، وسميت بذلك لإشعارها بصدق باذلها، وذكر هذا الكتاب المزني رحمه الله تعالى والأكثرون في هذا الموضع، وتبعهم المصنف في كتابه هذا؛ لأن كلا من الفيء والغنيمة والزكاة يتولى الإمام جمعه. وذكره الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه في الأمّ في آخر الزكاة وتابعه عليه جماعة منهم المصنف في الروضة وهو أنسب وافتتحه المحرر بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ﴾ [التوبة: ٦٠] الآية فعلم من الحصر بـ «إنما» إنها تصرف لغيرهم، وهو مجمع عليه، وإنما وقع الخلاف في استيعابهم، وأضاف في الآية الكريمة الصدقات إلى الأصناف الأربعة الأولى بلام الملك والأربعة الأخير بفي الظرفية للإشعار بإطلاق الملك في الأربعة الأولى وتقييده في الأربعة الأخيرة حتى إذا لم يحصل الصرف في مصارفها استرجع بخلافه في الأولى على ما يأتي، وقد ذكر المصنف رحمه الله تعالى الأصناف الثمانية على ترتيب الآية الكريمة، فقال مبتدئاً بأوّلها: **(الفقير)** مشتق من كسر الفقار التي في الظهر، وهو هنا **(من لا مال له ولا كسب يقع)** جميعها أو مجموعهما **(موقعاً من حاجته)** لقوله ﷺ: «لَا حَظَّ فِيهَا لِغَنِيٍّ وَلَا لِقَوِيٍّ مُكْتَسِبٍ»[1] ولو ذكر المصنف الآية، ثم ذكر ما اقتضت الآية استحقاقهم لارتبط كلامه بعضه ببعض كما فعل في المحرّر والمراد بحاجته ما يكفيه مطعماً وملبساً ومسكناً وغيرهما مما لا بدّ له منه على ما يليق بحاله وحال من في نفقته من غير إسراف ولا تقتير، والذي لا يقع موقعاً من حاجته أن يحتاج إلى عشرة ويجد منهما درهمين. قال المحاملي: أو ثلاثة. وقال القاضي: أو أربعة، واعترض بأن ذلك يقع موقعاً، والظاهر ما قاله القاضي، ولا فرق بين أن يملك نصاباً من المال، أو لا فقد لا يقع النصاب موقعاً من كفايته، ولو كان له كسب يمنعه منه مرض أو لم يجد من يشغله أو وجد من يشغله في كسب لا يليق به أو لم يجد كسباً حلالاً كما سيأتي بعض ذلك ففقير.

(١) أخرجه الشافعي في المسند ١/٢٤٤ (٦٦٣) وعبد الرزاق في المصنف ٤/١٠٩ (٧١٥٤) وأبو داود ٢/٢٨٥ (١٦٣٣) والنسائي ٥/٩٩ والدارقطني ٢/١١٩ (٧).

وَلَا يَمْنَعُ الْفَقْرَ مَسْكَنُهُ وَثِيَابُهُ وَمَالُهُ الْغَائِبُ فِي مَرْحَلَتَيْنِ، وَالْمُؤَجَّلُ وَكَسْبٌ لَا يَلِيقُ بِهِ،

تنبيه: قد يفهم كلام المصنف أنه لو كان له مال وعليه دين بقدره أو أكثر منه أو أقلّ بقدر لا يخرجه عن الفقر أنه لا يعطى، وبه صرّح البغوي في فتاويه، فقال: لا يعطى من سهم الفقراء حتى يصرف ما عنده للدين اهـ، وما ذكره المصنف تفسير لفقير الزكاة كما علم من التقدير في كلامه. أما فقير العرايا، فسبق فيها أنه من لا نقد بيده. وأما فقير العاقلة، فسيأتي في بابها أنه من لا يملك ما يفضل عن كفايته على الدوام **(ولا يمنع الفقر مسكنه)** المملوك له **(و)** لا **(ثيابه)** اللائقان به ولا يضر مع الحاجة إلى الثياب تعددها ولا كونها للتجمل.

تنبيه: اقتصار المصنف على المسكن والثياب يوهم عدم اعتبار غيرهما، وليس مراداً، فإن رقيقه المحتاج إليه وكتبه المحتاج إليها إذا كانت تتعلق بعلم شرعي أو آلة له كذلك بخلاف كتب يتفرج فيها، ولو اعتاد السكنى بالأجرة أو في المدرسة ومعه ثمن مسكن أوله مسكن خرج عن اسم الفقر بما معه كما بحثه السبكي **(و)** لا يمنع الفقر أيضاً **(ماله الغائب في)** مسافة **(مرحلتين)** بل له الأخذ حتى يصل إليه؛ لأنه الآن معسر قياساً على فسخ المرأة النكاح بغيبة مال الزوج على مرحلتين. قال السبكي: ويحتاج القول بالأخذ مع ماله الغائب إلى دليل اهـ، دليله القياس المتقدّم. قاله الرافعي: وقد يتردد الناظر في اشتراط مسافة القصر، بل ينبغي الجواز فيما دونها لأجل الحاجة الناجزة اهـ ويرد بأن ما دونها في الحاضر فلم ينظروا إليه **(و)** لا يمنع الأخذ أيضاً من الزكاة دينه **(المؤجل)** الذي لا يملك غيره فيأخذ منها حتى يحل الأجل كما لو كان ماله غائباً.

تنبيه: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق بين أن يحل قبل مضيّ زمن مسافة القصر أم لا. قال الرافعي: وقد يتردّد الناظر فيه اهـ وهذا إنما يأتي على المنقول. وأما على بحثه المتقدّم فلا، ويجاب من جهة المنقول بأن الدين لما كان معدوماً لم يعتبروا له زمناً، بل يعطى حتى يحل ويقدر على خلاصه بخلاف المال الغائب ففرق فيه بين قرب المسافة وبعدها **(و)** لا يمنع الأخذ منها أيضاً **(كسب)** حرام أو **(لا يليق به)** أي بحاله ومروءته؛ لأنه يخل بمروءته فكان كالعدم، وإطلاق الكسب في الحديث المارّ محمول على الكسب الحلال اللائق. قال البغوي في فتاويه: ولو وجد من يستعمله لكن بمال حرام فله الأخذ من الزكاة حتى يقدر على كسب حلال، وأفتى الغزالي بأن أرباب البيوت الذين لم تجر عادتهم بالكسب لهم أخذ الزكاة اهـ وجرى عليه في الأنوار فقال: فلو كان من أهل بيت لم تجر عادتهم بالتكسب بالبدن وهو قوي قادر حلت له الزكاة. قال الدميري: وينبغي حمله على ما إذا لم يعتادوا ذلك للاستغناء عنه بالغنى، فأما عند الحاجة إليه والقدرة عليه فتركه ضرب من الحماقة ورعونات النفس فلا وجه للترفع عنه وأخذ أوساخ الناس، بل أخذها أذهب للمروءة من التكسب بالنسخ والخياطة

وَلَوِ اشْتَغَلَ بِعِلْمٍ وَالْكَسْبُ يَمْنَعُهُ فَفَقِيرٌ، وَلَوِ اشْتَغَلَ بِالنَّوَافِلِ فَلاَ، وَلاَ يُشْتَرَطُ فِيهِ الزَّمَانَةُ وَلاَ التَّعَفُّفُ عَنِ المَسْأَلَةِ عَلَى الجَدِيدِ، وَالْمَكْفِيُّ بِنَفَقَةِ قَرِيبٍ أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيراً في الأَصَحِّ،

ونحوهما في منزله، وقد أجر سيدنا عليّ رضي الله تعالى عنه نفسه أي ليهودي يستقي له كل دلو بتمرة كما مرّ في الإجارة اهـ والأوّل أظهر **(ولو اشتغل بعلم)** شرعيّ كما في الرّوضة يتأتى منه تحصيله كما قاله الدارمي وأقرّاه **(والكسب يمنعه)** من اشتغاله بذلك **(ففقير)** فيشتغل به ويأخذ من الزكاة؛ لأن تحصيله فرض كفاية. أما من لا يتأتى منه التحصيل فلا يعطى إن قدر على الكسب، وخرج بقوله: والكسب يمنعه ما لو كان لا يمنعه، فلا يعطى إذا كان يليق به مثله ومثله في البسيط بالتكسب بالوراقة ـ يعني النسخ.

تنبيه: يؤخذ من التعليل المذكور أن من اشتغل بتعلم القرآن أو بما كان آلة للعلم الشرعي والكسب يمنعه ويتأتى منه تحصيله أن له الأخذ، وهو كذلك، وقد صرّح به في الأنوار فقال: ولو قدر على الكسب بالوراقة أو غيرها وهو مشتغل بتعلم القرآن أو العلم الذي هو فرض كفاية أو تعليمه والاشتغال بالكسب يقطعه عن التعلم والتعليم حلت له الزكاة **(ولو اشتغل بالنوافل)** للعبادات وملازمة الخلوات في المدارس ونحوها **(فلا)** يكون فقيراً، وادّعى في المجموع الاتفاق عليه؛ لأن الكسب وقطع الطمع عما في أيدي الناس أولى من الإقبال على النوافل مع الطمع، والفرق بين المشتغل بهذا وبين المشتغل بعلم أو قرآن بأن ذلك مشتغل بما هو فرض كفاية بخلاف هذا، ولأن نفع هذا قاصر عليه بخلاف ذاك، وفي فتاوى ابن البرزي: أنه لو نذر صوم الدهر وكان لا يمكنه أن يكتسب مع الصوم كفايته أن له أخذ الزكاة، وأنه لو كان يكتسب كفايته من مطعم وملبس ولكنه محتاج إلى النكاح فله أخذها لينكح؛ لأنه من تمام كفايته اهـ وهو ظاهر، وفي فتاوى القفال: ان مستغرق الوقت بالعبادة والصلاة آناء الليل والنهار يحل له أخذ الزكاة كالمشتغل بالفقه وإن كان قوياً. أما غيره فلا وإن كان صوفياً اهـ وفي قياسه على الفقه نظر لما تقدّم من الفرق **(ولا يشترط فيه)** أي فقير الزكاة الآخذ منها **(الزمانة)** وهي ـ بفتح الزاي ـ العاهة **(ولا التعفف عن المسألة على الجديد)** فيهما لقوله تعالى: ﴿وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾ [الذاريات: ١٩] أي غير السائل، ولأنه ﷺ أعطى من لم يسأل ومن سأل، ومن لم يكن زمناً، والقديم يشترطان، ورجح في الرّوضة القطع بالأول، ونسبه في المجموع للجمهور **(والمكفي بنفقة قريب أو)** نفقة **(زوج ليس فقيراً)** ولا مسكيناً أيضاً فلا يعطى من سهمهما **(في الأصح)** لأنه غير محتاج كالمكتسب كل يوم قدر كفايته، والثاني: نعم؛ لاحتياجهما إلى غيرهما.

تنبيه: محلّ الخلاف إذا كان يمكن الأخذ من القريب والزوج ولو في عدّة الطلاق الرجعي أو البائن وهي حامل كما قاله الماوردي، وإلا فيجوز الأخذ بلا خلاف، وخرج بذلك

وَالْمِسْكِينُ: مَنْ قَدَرَ عَلَى مَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعاً مِنْ كِفَايَتِهِ وَلاَ يَكْفِيهِ.

المكفي بنفقة متبرّع فيجوز له الأخذ. قال ابن قاضي عجلون في تصحيحه قول المنهاج في المكفي بنفقة قريب بأنه ليس فقيراً يخالف تعبير المحرّر والشرحين والرّوضة بأنه لا يعطى من سهم الفقراء، ورجح السبكي هذا الثاني اهـ، وجه ذلك كما قال شيخي: ان الفقير هو الذي لا مال له ولا كسب إلخ، وهو شامل لهذا، فلا يصح نفيه، لكنا أنزلناه منزلة الغني لكونه مكفياً فلا يعطى من سهم الفقراء، فالتعبير بلا يعطى أولى، ويعطي الزوج زوجته من سهم المكاتب والغارم والمؤلفة، ومن سهم ابن السبيل، لا إن سافرت معه بإذن أو دونه أو وحدها بلا إذن فلا يعطيها منه؛ لأنها في الأولى وإن انتفى الإذن مكفية بالنفقة؛ لأنها في قبضته، وفي الثانية عاصية، وله أن يعطيها في الرجوع إليه لرجوعها عن المعصية، وإن سافرت وحدها بإذنه، فإن وجبت نفقتها، كأن سافرت لحاجته أعطيت من سهم ابن السبيل باقي كفايتها لحاجة السفر وإن لم تجب نفقتها كأن سافرت لحاجتها أعطيت كفايتها منه، وإن سافرت وحدها بلا إذن أعطيت هي والعاصي بالسفر من سهم الفقراء، بخلاف الناشزة المقيمة فإنها قادرة على الغنى بالطاعة، فأشبهت القادر على الكسب، والمسافرة لا تقدر على العود في الحال، وللزوجة إعطاء زوجها الحرّ من سهم الفقراء والمساكين إذا كان كذلك، بل يسنّ كما قاله الماوردي. وأما المكاتب فاقتضى كلام الرّوضة وأصلها هنا أنه مكفي بنفقة قريبه، لكن صحح في زيادة الرّوضة أن نفقته لا تجب على قريبه؛ لأنه رقيق. ثم شرع في الصنف الثاني، فقال: (**والمسكين من قدر على مال أو كسب**) لائق به حلال (**يقع موقعاً من كفايته**) لمطعمه ومشربه وملبسه وغيرها مما يحتاج إليه لنفسه ولمن تلزمه نفقته كما مرّ في الفقير (**ولا يكفيه**) ذلك المال أو الكسب كمن يحتاج إلى عشرة ولا يجد إلا سبعة أو ثمانية، وسواء أكان ما يملكه نصاباً أم لا كما مرّ في الفقير. قال الغزالي في الإحياء: المسكين هو الذي لا يفي دخله بخرجه فقد يملك ألف دينار وهو مسكين، وقد لا يملك إلا فأساً وحبلاً وهو غنيّ، والمعتبر في ذلك ما يليق بالحال بلا إسراف ولا تقتير.

تنبيه: قد علم من ذلك أن المسكين أحسن حالاً من الفقير خلافاً لمن عكس، واحتجوا له بقوله تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ﴾ [الكهف: ٧٩] حيث سمي مالكيها مساكين، فدلّ على أن المسكين من يملك شيئاً يقع موقعاً من كفايته، وبما روي من قوله ﷺ: «اللَّهُمَّ أَحْيِنِي مِسْكِيناً وَأَمِتْنِي مِسْكِيناً»(١) مع أنه كان يتعوّذ من الفقر، والعبرة عند الجمهور كفاية العمر الغالب بناء على أنه يعطى كفاية ذلك، وهو المعتمد، وقيل: كفاية سنة بناء على أنه إنما يعطى كفاية سنة، وخرج بلائق به وحلال غير اللائق به والحرام فهو كمن لا كسب له، ولا يخرجه عن

---

(١) أخرجه الترمذي (٢٣٥٢) وابن ماجة (٤١٢٦) والبيهقي في السنن ١٢/٧ والحاكم في المستدرك ٣٢٢/٤ والخطيب في التاريخ ١١١/٤ والبخاري في التاريخ ١٩٤/٧.

وَالْعَامِلُ سَاعٍ وَكَاتِبٌ وَقَاسِمٌ وَحَاشِرٌ يَجْمَعُ ذَوِي الأَمْوَالِ، لَا الْقَاضِي وَالْوَالِي .

المسكنة أثاث يحتاجه في سنته ولا ملكه ثياب شتاء يحتاجها في صيف ولا عكسه ولا ملك كتب وهو فقيه يحتاجها للتكسب كالمؤدّب والمدرّس بأجرة أو للقيام بفرض؛ لأن كلًّا منهما حاجة مهمة وإن كان احتياجه لها في السنة مرّة فتبقى له النسخة الصحيحة من النسخ المتكرّرة عنده فلا يبقيان معاً لاغتنائه بالصحيحة، وإن كانت إحداهما أصحّ والأخرى أحسن يبقى الأصحّ، وإن كان له كتابان من علم واحد، وكان أحدهما مبسوطاً والآخر وجيزاً بقي المبسوط إن كان غير مدرّس، بأن كان قصده الاستفادة، وإن كان مدرّساً بقيا؛ لأنه يحتاج لكل منهما في التدريس، ويبقى له كتب طبّ يكتسب بها أو يعالج بها نفسه أو غيره، والمعالج معدوم من البلد، وكتب وعظ وإن كان ثمّ واعظ، إذ ليس كل أحد ينتفع بالوعظ كانتفاعه في خلوته، وعلى حسب إرادته، ولا يبقى له كتاب يتفرّج فيه. والحاصل أن الكتاب يطلب للتعليم وللاستفادة فلا يمنع المسكنة كما تقرّر، ويطلب للتفرّج فيه بالمطالعة ككتب التواريخ والشعر فيمنع، ومن له عقار مثلاً ينقص دخله عن كفايته فهو إما فقير أو مسكين. ثم شرع في الصنف الثالث، فقال: **(والعامل)** على الزكاة **(ساع)** وهو الذي يجبي الزكاة **(وكاتب)** يكتب ما أعطاه أرباب الصدقة من المال ويكتب لهم براءة بالأداء وما يدفع للمستحقين **(وقاسم)** وحاسب وعريف، وهو كنقيب القبيلة، وجندي وهو المشدّ على الزكاة إن احتيج إليه **(وحاشر)** وهو اثنان: أحدهما: من **(يجمع ذوي الأموال)** والثاني: من يجمع ذوي السهمان لصدق اسم العامل على الجميع، لكن أشهرهم هو الذي يرسل إلى البلاد والباقون أعوان.

تنبيه: يؤخذ من اسم العامل أنه لا بدّ من العمل، فلو فرّق المالك أو حملها إلى الإمام سقط **(لا)** الإمام و **(القاضي والوالي)** للإقليم إذا قاموا بذلك فلا حق لهم في الزكاة، بل رزقهم إذا لم يتطوّعوا بالعمل في خمس الخمس المرصد للمصالح العامة فإن عملهم عامّ، ولأن عمر رضي الله تعالى عنه شرب لبناً فأعجبه فأخبر أنه من نعم الصدقة فأدخل أصبعه واستقاءه، رواه البيهقي بإسناد صحيح.

تنبيه: قضية كلام المصنف أن للقاضي قبض الزكوات وصرفها، وهذا في أموال أيتام تحت نظره، فإن لم يقم الإمام لها ناظراً ففي دخولها في عموم ولايته وجهان أصحهما الدخول كما جزم به المصنف، وأطلق الرافعي في كتاب الأقضية الدخول، وهو محمول على هذا، ويزاد في العمال بقدر الحاجة والوزان والكيال والعداد عمال إن ميزوا بين أنصباء الأصناف وأجرتهم من سهم العامل، إذ لو ألزمناها للمالك لزدنا في قدر الواجب. وأما مميزو الزكاة من المال وجامعوه فإن أجرتهم على المالك؛ لأنها لتوفية الواجب، كأجرة كيل المبيع فإنها على البائع وأجرة الرّاعي والحافظ بعد قبضها والمخزن والناقل في جملة السهمين لا في سهم

وَالْمُؤَلَّفَةُ مَنْ أَسْلَمَ وَنِيَّتُهُ ضَعِيفَةٌ أَوْ لَهُ شَرَفٌ يُتَوَقَّعُ بِإِعْطَائِهِ إِسْلَامُ غَيْرِهِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ. وَالرِّقَابُ الْمُكَاتَبُونَ.

العامل. ثم شرع في الصنف الرابع، فقال: **(والمؤلفة)** جمع مؤلف من التألف، وهو جمع القلوب، وهو **(من أسلم ونيته ضعيفة)** فيتألف ليقوى إيمانه ويألف المسلمين، ويقبل قوله في ضعف النية بلا يمين **(أو)** من أسلم ونيته في الإسلام قوية، ولكن **(له شرف)** في قومه **(يتوقع بإعطائه إسلام غيره)** من نظائره ولا يصدق في شرفه إلا ببينة **(والمذهب أنهم يعطون من الزكاة)** لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ٦٠] إذ لو لم نعط هذين الصنفين من الزكاة لم نجد للآية محملاً. والقول الثاني: لا يعطون؛ لأن الله تعالى قد أعزّ الإسلام وأغنى عن التأليف بالمال. والثالث: يعطون من خمس الخمس؛ لأنه مرصد للمصالح، وهذا منها، وكان ينبغي للمصنف أن يعبر بالأظهر لأن الخلاف أقوال، وخرج بقوله: من أسلم مؤلفة الكفار، وهم من يرجى إسلامهم ومن يخشى شرّهم، فلا يعطون من الزكاة قطعاً للإجماع، ولا من غيرها على الأظهر؛ لأن الله تعالى أعز الإسلام وأهله وأغنى عن التأليف، ولخبر الصحيحين: «أنه ﷺ قال لمعاذ: أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ».

تنبيه: حصر المصنف المؤلفة في هذين الصنفين، وليس مراداً، بل هم أربعة أصناف، المذكوران. والثالث: من يقاتل من يليه من الكفار، والرّابع: من يقاتل من يليه من مانعي الزكاة فيعطون إذا كان إعطاؤهما أهون علينا من جيش يبعث لبعد المشقة أو كثرة المؤنة أو غير ذلك. قال الماوردي وغيره: ويعتبر في إعطاء المؤلفة احتياجنا إليهم ونقله في الكفاية عن المختصر، وهو ظاهر في غير الصنفين الأوّلين. أما هما فلا يشترط فيهما ذلك كما هو ظاهر كلامهم، وهل تكون المرأة من المؤلفة؟ وجهان الصحيح نعم. ثم شرع في الصنف الخامس، فقال: **(والرّقاب)** وهم **(المكاتبون)** كتابة صحيحة فيدفع إليهم لا من زكاة سيدهم، ولو بغير إذنه ما يؤدّون من النجوم في الكتابة بأن عجزوا عن الوفاء ولو لم يحلّ النجم؛ لأن التعجيل متيسر في الحال، وربما يتعذر عليه الإعطاء عند المحلّ بخلاف غير العاجزين لعدم حاجتهم، وإنما لم يشترط الحلول كما اشترط في الغارم؛ لأن الحاجة إلى الخلاص من الرّقّ أهمّ، والغارم ينتظر له اليسار، فإن لم يوسر فلا حبس ولا ملازمة، وإنما لم يشتر بما يخصهم رقاب للعتق كما قيل به؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ﴾ [التوبة: ٦٠] كقوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠] وهناك يعطى المال للمجاهدين فيعطى للرّقاب هنا. أما المكاتب كتابة فاسدة فلا يعطى؛ لأنها غير لازمة من جهة السيد، وكذا لا يعطى من كوتب بعضه كما ذكره في الرّوضة في باب الكتابة لئلا يأخذ ببعضه الرّقيق من سهم المكاتبين. واستحسن الرافعي وجهاً ثالثاً، وهو أنه إذا كان بينهما مهايأة صرف إليه في نوبته وإلا فلا، وإنما لم يعطِ المكاتب من زكاة سيده لعود الفائدة إليه. فإن قيل: لربّ الدين أن يعطي غريمه من زكاته،

وَالْغَارِمُ إِنِ اسْتَدَانَ لِنَفْسِهِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ أُعْطِي . قُلْتُ: الأَصَحُّ يُعْطَى إِذَا تَابَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَالأَظْهَرُ اشْتِرَاطُ حَاجَتِهِ

فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن المكاتب ملك لسيده فكأنه أعطى مملوكه، بخلاف الغارم. ويعطى المكاتب مع قدرته على كسب ما يؤدّي به النجوم. فإن قيل: قد مرّ أن الفقير والمسكين لا يعطيان حينئذ كما مرّ، فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن حاجتهما تتحقق يوماً بيوم، والكسوب يحصل كل يوم كفايته، ولا يمكن تحصيل كفاية الدين إلا بالتدريج ولا يزادون على ما يؤدّون لعدم الحاجة إليه، ولو استدان المكاتب شيئاً فكّ به رقبته أعطي من سهم الغارمين لا المكاتبين كما نقلاه عن فتاوى البغوي، ولو عجز المكاتب استردّ منه ما أخذه إن كان باقياً وتعلق بدله بذمته إن كان تالفاً لحصول المال عنده برضا مستحقه، فلو قبضه السيد ردّه إن كان باقياً، وغرم بدله إن كان تالفاً، ولو ملكه السيد شخصاً لم يستردّه منه بل يغرمه السيد. ثم شرع في الصنف السادس، وهو من لزمه دين، وهو على ثلاثة أضرب: دين لزمه لمصلحة نفسه، ودين لزمه لتسكين فتنة، وهو إصلاح ذات البين، ودين لزمه لا لتسكينها، والمصنف أسقط هذا الضرب، ولكنه يؤخذ من مفهوم قوله: استدان لنفسه، وقد بدأ بالضرب الأوّل من ذلك، فقال: **(والغارم إن استدان لنفسه)** شيئاً يصرفه في غرضها **(في غير معصية)** من طاعة أو مباح، كحج وجهاد وتزوّج وأكل ولبس **(أعطي)** ومثله من لزمه الدين بغير اختياره كما لو وقع على شيء فأتلفه، بخلاف المستدين في معصية، ومثل الرّافعي الاستدانة للمعصية بثمن الخمر والإسراف في النفقة. فإن قيل: قد سبق في الحجر عدم تحريم الإسراف في المطاعم ونحوها على الأصح؟ أجيب بأن المراد هنا إسراف في نفقة بقرض لا يرجو له وفاء بخلافه هناك، ومثله من لزمه الدين بإتلاف مال الغير عدواناً فلا يعطى **(قلت: الأصح يعطى)** مع الفقر **(إذا تاب)** عنها **(والله أعلم)** لأن التوبة قطعت حكم ما قبلها فصار النظر إلى حال وجودها كالمسافر لمعصية إذا تاب فإنه يعطى من سهم ابن السبيل. قال الرّافعي: ولم يتعرّضوا هنا لمدّة الاستبراء ليظهر حاله إلا أن الروياني قال: يعطى إذا غلب على الظنّ صدقه في توبته فيمكن حمل إطلاقهم عليه. قال في المجموع: والظاهر ما قاله الروياني وإن قصرت المدّة، والثاني: لا يعطى؛ لأنه ربما اتخذ ذلك ذريعة ثم يعود. قال الإمام: ولو استدان لمعصية ثم صرفه في مباح أعطي وفي عكسه يعطى أيضاً إن عرف قصد الإباحة أو لا، ولكنه لا يصدّق فيه، والأولى واردة على المصنف واستدراكه لما يفهمه عموم مفهوم الشرط من قوله: إن استدان في غير معصية فإنه يفهم أن المستدين لمعصية لا يعطى مطلقاً، ولهذا نقل في الرّوضة عن المحرر الجزم بأنه لا يعطي، ومراده ما اقتضاه عموم المفهوم **(والأظهر اشتراط حاجته)** أي المستدين بأن لا يقدر على وفاء ما استدانه؛ لأنه إنما يأخذ لحاجته كالمكاتب، فلو وجد ما يقضي به دينه لم يعط، قال الرافعي: ومن المهمّ البحث عن معنى الحاجة، وعبارة أكثرهم تقتضي كونه فقيراً لا يملك شيئاً وربما صرحوا به. ثم قال: والأقرب قول بعض المتأخرين: لا يعتبر الفقر

دُونَ حُلُولِ الـدَّيْنِ. قُلْتُ: الأَصَحُّ اشْتِرَاطُ حُلُولِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَوْ لإِصْلاحِ ذَاتِ الْبَيْنِ أُعْـطِيَ مَعَ الْغِنَى،وَقِيْـلَ إِنْ كانَ غَنِيّـاً بِنَقْدٍ فَـلاَ.

والمسكنة، بل لو ملك قدر كفايته، ولو قضى دينه مما معه تمسكن فيترك له مما معه ما يكفيه ويعطى ما يقضي به باقي دينه، ووافقه في الروضة والمجموع.

تنبيه: قد يفهم كلام المصنف أمرين: أحدهما: أنه لو قدر على قضاء دينه بالاكتساب أنه لا يعطى، والأصح كما في الرّوضة أنه يعطي؛ لأنه لا يقدر على قضائه إلا بعد زمن وحاجته حاصلة في الحال لثبوت الدين في ذمته، وقد يقال: هو حينئذ محتاج. ثانيهما: عود الخلاف إلى التائب تفريعاً على إعطائه، وليس مراداً، بل اشتراط الحاجة مجزوم به في هذه الصورة، والخلاف عائد للاستدانة في غير معصية **(دون حلول الدين)** فلا يشترط في الأظهر كما يشعر به كلامه، لكن قوله: **(قلت: الأصح اشتراط حلوله، والله أعلم)** يقتضي أن الخلاف وجهان، وهو ما في الشرحين والروضة وإنما لم يعط قبل الحلول لعدم حاجته إليه الآن، وقد تقدّم الفرق بينه وبين المكاتب. ثم شرع في الضرب الثاني، فقال: **(أو)** أي أو استدان **(لإصلاح ذات البين)** أي الحال بين القوم، كأن يخاف فتنة بين شخصين أو قبيلتين وقع النزاع بينهما في قتيل لم يظهر قاتله فيستدين ما يسكن به الفتنة وما دون النفس من الأطراف وغيرها وإتلاف المال في ذلك كالنفس كما شمل ذلك عبارة المصنف **(أعطي)** إن كان الدين باقياً **(مع الغنى)** بالعقار قطعاً، وبالعرض على المذهب، وبالنقد على الأصح **(وقيل: إن كان غنياً بنقد فلا)** يعطى حينئذ لأن إخراجه في الغرم ليس فيه مشقة غيره وأجاب الأوّل بعموم الآية، ولأنه لو شرط الفقر فيه لقلت الرغبة في هذه المكرمة، أما إذا لم يكن الدين باقياً كأن أدّاه من ماله فإنه لا يعطى. الضرب الثالث: الذي أسقطه المصنف: من لزمه دين بطريق الضمان عن معين لا في تسكين فتنة فيعطي إن أعسر مع الأصل وإن لم يكن متبرّعاً بالضمان أو أعسر وحده وكان متبرّعاً بالضمان؛ لأنه إذا غرم لا يرجع عليه، بخلاف ما إذا ضمن بالإذن، وصرفه إلى الأصيل المعسر أولى لأن الضامن فرعه، وإن أعسر الأصيل وحده أعطي دون الضامن بخلاف الأصيل أو الضامن الموسر. إذ لا حق له في الزكاة، وإذا أعطي الضامن وقضى به الدين لم يرجع على الأصيل وإن ضمن بإذنه، وإنما يرجع إذا غرم من عنده بشرطه، وإن كانا موسرين لم يعط واحد منهما، ولو استدان لمصلحة عامة كقري ضيف، وعمارة مسجد، وبناء قنطرة، وفكّ أسير، فهو كمن استدان لمصلحة نفسه كما قاله السرخسي، وجرى عليه أبو عبدالله الحجازي في مختصر الرّوضة، وجزم به في الأنوار. وقال الأذرعي: هو الذي يقتضيه كلام الأكثرين، واعتمده شيخي، وقيل: يعطى عند العجز عن النقد لا عن غيره كالعقار، وجرى عليه الروياني والماوردي وجزم به ابن المقري في روضه. وحكى في الرّوضة المقالتين من غير ترجيح.

تنبيه: اشتراط المصنف حلول الدين في الضرب الأوّل يقتضي أنه لا يشترط في الضرب

وَسَبِيلُ اللَّهِ تَعَالَى غُزَاةٌ لَا فَيْءَ لَهُمْ فَيُعْطَوْنَ مَعَ الْغِنَى. وَابْنُ السَّبِيلِ مُنْشِئُ سَفَرٍ أَوْ مُجْتَازٌ،

الثاني، ووجه بأنه كما يجوز الإعطاء فيه مع الغنى يجوز مع التأجيل، وظاهر كلامهم أنه لا فرق، إذ لا طلب للمدين الآن والتسليم لما يستحقه المكاتب أو الغارم إلى السيد أو الغريم بإذن المكاتب أو الغارم أحوط وأفضل إلا أن يكون ما يستحقه أقلّ مما عليه وأراد أن يتجر فيه فلا يستحبّ تسليمه إلى من ذكر وتسليمه إليه بغير إذن المكاتب أو الغارم لا يقع زكاة؛ لأنهما المستحقان، ولكن يسقط عنهما بقدر المصروف؛ لأن من أدّى عنه دينه بغير إذنه تبرأ ذمته، ولو أعتق المكاتب أو أبرىء الغارم أو استغنيا وبقي مال الزكاة في أيديهما استردّ منهما بزيادته المتصلة، ولو أتلفاه قبل الإعتاق والبراءة لم يغرما لتلفه على ملكهما مع حصول المقصود أو بعده غرماه لعدم حصول المقصود به وللمكاتب والغارم أن يتجرّا في المأخوذ ليربحا فيه، ولو أراد أحدهما أن ينفق ما أخذه ويؤدّي من كسبه منع المكاتب لا الغارم، ولو أدّى الغارم الدين من قرض فلم يستردّ منه ما أخذه حتى لزمه دين صار به غارماً استردّ منه؛ لأنه صار كالمستسلف له قبل غرمه في أحد وجهين رجحه بعض المتأخرين، وقيل: لا؛ لأنه يجوز دفعه إليه الآن، ولو بان القابض للزكاة من المالك غير مستحق لها كغنيّ لم يجزه، وإن أعطاها له ببينة شهدت له بالوصف الذي أعطاه به لانتفاء شرطه. ثم شرع في الصنف السابع، فقال: **(وسبيل الله تعالى غزاة)** ذكور **(لا فيء لهم)** أي لا اسم لهم في ديوان المرتزقة بل يتطوّعون بالغزو حيث نشطوا له وهم مشتغلون بالحرف والصنائع **(فيعطون)** من الزكاة **(مع الغنى)** لعموم الآية وإعانة لهم على الغزو، بخلاف من لهم الفيء، وهم المرتزقة الثابت أسماؤهم في الديوان فلا يعطون من الزكاة ولو عدم الفيء في الأظهر بل يجب على أغنياء المسلمين إعانتهم. قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: «كَانَ أَهْلُ الفَيْءِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِمَعْزَلٍ عَنْ أَهْلِ الصَّدَقَاتِ، وَأَهْلُ الصَّدَقَاتِ بِمَعْزَلٍ عَنْ أَهْلِ الفَيْءِ»؛ ولأنهم أخذوا بدل جهادهم من الفيء، فلو أخذوا من الزكاة أخذوا بدلين عن بدل واحد، وذلك ممتنع، ولكل ضرب منهما أن ينتقل إلى الضرب الآخر، وإنما فسر سبيل الله بالغزاة؛ لأن استعماله في الجهاد أغلب عرفاً وشرعاً بدليل قوله تعالى في غير موضع: ﴿يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ١١١] فحمل الإطلاق عليه وإن كان سبيل الله بالوضع هو الطريق الموصلة إليه، وهو أعم، ولعلّ اختصاصه بالجهاد؛ لأنه طريق إلى الشهادة الموصلة إلى الله تعالى فهو أحق بإطلاق سبيل الله عليه. ثم شرع في الصنف الثامن، فقال: **(وابن السبيل)** أي الطريق **(منشىء سفر)** مباح من محل الزكاة، سواء أكان بلده أو مقيماً فيه **(أو مجتاز)** به في سفره واحداً كان أو أكثر ذكراً أو غيره، سمي بذلك لملازمته السبيل وهي الطريق، وإنما أفرده المصنف مع أنه يصدق على ما ذكر تأسياً بالكتاب العزيز فإنه لم يرد فيه إلا منفرداً وهو حقيقة في المجتاز مجاز في المنشىء، وإعطاء الثاني

وَشَرْطُهُ الحَاجَةُ وَعَدَمُ المَعْصِيَةِ، وَشَرْطُ آخِذِ الزَّكَاةِ مِنْ هٰذِهِ الأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ الإِسْلَامُ وَأَنْ لَا يَكُونَ هَاشِمِيّاً وَلَا مُطَّلِبِيّاً وَكَذَا مَوْلَاهُمْ فِي الأَصَحِّ.

بالإجماع، والأوّل بالقياس عليه، ولأن مريد السفر محتاج إلى أسبابه، وخالف في ذلك أبو حنيفة ومالك رضي الله تعالى عنهما (**وشرطه**) في الإعطاء لا في التسمية (**الحاجة**) بأن لا يجد ما يكفيه غير الصدقة وإن كان له مال في مكان آخر أو كان كسوباً أو كان سفره لنزهة (**وعدم المعصية**) بسفره، سواء أكان طاعة كسفر حج وزيارة أو مباحاً كسفر تجارة أو مكروهاً كسفر منفرد لعموم الآية بخلاف سفر المعصية لا يعطى فيه قبل التوبة، وألحق به الإمام السفر لا لقصد صحيح كسفر الهائم، ولو كان له مال غائب ووجد من يقرضه نقل في المجموع عن ابن كج أنه يعطى وأقرّه وهو المعتمد، وقيل: لم يعط كما نصّ عليه في البويطي وردّ بأن النص ليس في الزكاة وإنما هو في الفيء (**وشرط آخذ الزكاة**) أي من يدفع إليه منها (**من هذه الأصناف الثمانية الإسلام**) فلا تدفع لكافر بالإجماع فيما عدا زكاة الفطر، وباتفاق أكثر الأئمة فيها، ولعموم قوله ﷺ: «تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ إِلى فُقَرَائِهِمْ» رواه الشيخان. نعم الكيال والوزان والحافظ والحمال يجوز كونهم كفاراً مستأجرين من سهم العامل؛ لأن ذلك أجرة لا زكاة، ولا يجوز أن يكون الكافر عاملاً في الزكاة؛ لأنا إن قلنا: صدقة فلا حقّ له في الصدقة المفروضة، وإن قلنا: أجرة فلا ينصب فيها لعدم أمانته كما لا يجوز أن يستعمل على مال يتيم أو وقف (و) **شرط** آخذ الزكاة أيضاً (**أن لا يكون هاشمياً ولا مطلبياً**) ولو انقطع عنهم خمس الخمس لخلوّ بيت المال من الفيء والغنيمة، أو لاستيلاء الظلمة عليهما، وكذا يحرم عليهما الأخذ من المال المنذور صدقته كما اعتمده شيخي لعموم قوله ﷺ: «إِنَّ هَٰذِهِ الصَّدَقَاتِ لَا تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلَا لآلِ مُحَمَّدٍ»[1] رواه مسلم، وقال: «لَا أُحِلُّ لَكُمْ أَهْلَ الْبَيْتِ مِنَ الصَّدَقَاتِ شَيْئاً، وَلَا غُسَالَةَ الأَيْدِي، إِنَّ لَكُمْ فِي خُمْسِ الْخُمْسِ مَا يَكْفِيكُمْ أَوْ يُغْنِيكُمْ» أي بل يغنيكم، رواه الطبراني نعم لو استعملهم الإمام في الحفظ أو النقل فلهم أجرته كما في المجموع عن صاحب البيان وجزم به ابن الصباغ وغيره. فإن قيل: هذا إما ضعيف أو مبني على أن ما يعطاه العامل أجرة لا زكاة، والصحيح كما قال ابن الرفعة أنه زكاة. أجيب بأن محل ذلك إذا استؤجروا للنقل ونحوه كما في العبد والكافر يعملان فيهما بالأجرة (**وكذا مولاهم**) أي عتقاء بني هاشم وبني المطلب لا يحلّ لهم أخذ الزكاة (**في الأصح**) لخبر: «مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ» رواه الترمذي وغيره وصححوه. والثاني: يحلّ لهم أخذها؛ لأن المنع للشرف في ذوي القربى وهو مفقود في مولاهم، وجرى على هذا في التنبيه وقال: إن الأوّل ليس بشيء وهو قويّ بدليل عدم كفاءتهم لمولاهم في النكاح وعدم استحقاقهم خمس الخمس، وادّعى القاضي حسين أن

---

(١) أخرجه مسلم ٢/٧٥٣ (١٦١ - ١٠٦٩).

فَصْلٌ

مَنْ طَلَبَ زَكَاةً وَعَلِمَ الإِمَامُ اسْتِحْقَاقَهُ أَوْ عَدَمَهُ عَمِلَ بِعِلْمِهِ ، وَإِلَّا فَإِنِ ادَّعَى فَقْراً أَوْ مَسْكَنَةً لَمْ يُكَلَّفْ بَيِّنَةً ،

المذهب أن مولاهم لا يلحق بهم، ومع هذا فالمشهور في المذهب هو الأوّل.

تنبيه: كلام المصنف يوهم حصر الشروط فيما ذكره وليس مراداً، فمنها الحرّية فيما عدا المكاتب، فلا يجوز دفع الزكاة إلى مبعض ولو في نوبة نفسه خلافاً لابن القطان، ومنها أن يكون من بلد الزكاة على ما سيأتي على نقل الزكاة، ومنها أن لا يكون ممن تلزمه نفقته. نعم تستثنى الزوجة إن كانت غارمة كما ذكره صاحب الخصال، ولو كان لشخص أب قويّ صحيح فقير لا يجب عليه نفقته هل يجوز أن يدفع إليه من زكاته من سهم الفقراء أو لا؟ أفتى ابن يونس عماد الدين بالثاني وأخوه كمال الدين بالأوّل. قال ابن شهبة: وهو ظاهر إذ لا وجه للمنع، وأفتى المصنف فيمن بلغ تارك الصلاة كسلاً واستمرّ على ذلك أنه لا يجوز دفع الزكاة له بل يقبضها له وليه لسفهه، وإن بلغ مصلياً رشيداً ثم طرأ ترك الصلاة ولم يحجر عليه جاز دفعها له وصحّ قبضه بنفسه، وأفتى ابن البرزي بجواز دفعها إلى فاسق إلا أن يكون المدفوع إليه يعينه على المعصية فيحرم إعطاؤه. وقال المروزي: لا يجوز قبض الزكاة من أعمى، ولا دفعها له بل يوكل فيها؛ لأن التمليك شرط فيه. قال ابن الصلاح: وفساد هذا ظاهر وعمل الناس على خلافه وهو كما قال، ويؤيد الجواز ما صححه في الروضة من السقوط فيما إذا دفع زكاته لمسكين وهو غير عالم بالمدفوع جنساً وقدراً بأن كانت في كاغد ونحوه.

فَصْلٌ

في بيان ما يقتضي صرف الزكاة لمستحقها وما يأخذه منها كل **(من طلب زكاة وعلم الإمام)** أو منصوبه لتفرقتها **(استحقاقه)** لها **(أو عدمه عمل بعلمه)** في ذلك فيعطي من علم استحقاقه لها، ويمنع من علم عدم استحقاقه، بل يحرم عليه حينئذ الصرف له ويجب عليه منعه. قال الرافعي: ولم يخرجوه على القضاء بالعلم أي لم يجروا فيه الخلاف المذكور فيه، بل جزموا به، وفرق في المجموع بأن الزكاة مبنية على الرفق والمساهلة، وليس فيها إضرار بالغير بخلاف القضاء بالعلم.

تنبيه: قوله: من طلب ليس بقيد، بل لو أراد الإمام تفرقتها بلا طلب كان الحكم كذلك، وكذا قوله: وعلم الإمام فلو فرّقها المالك بنفسه أو بوكيله كان الحكم كذلك **(وإلا)** أي وإن لم يعلم الدافع استحقاق المريد الدفع عليه ولا عدمه **(فإن ادّعى)** مريد الأخذ **(فقراً أو مسكنة لم يكلف بينة)** يقيمها على ذلك لعسرها، ولم يحلف في الأصح إن اتهم، فإن لم يتهم لم يحلف جزماً؛ لأنه ﷺ أعطى اللذين سألاه الصدقة بعد أن أعلمهما أنه لا حظ فيها لغنيّ ولم يطالبهما

فَإِنْ عُرِفَ لَـهُ مَالٌ وَادَّعَى تَلَفَـهُ كُلِّفَ، وَكَذَا إِنِ ادَّعَى عِيَـالاً فِي الأَصَحِّ، وَيُعْـطَى غَازٍ وَابْنُ سَبِيلٍ بِقَوْلِهِمَـا، فَإِنْ لَمْ يَخْـرُجَا اسْتُـرِدَّ،

بيمين، وإن ادّعى عدم الكسب وحاله يشهد بصدقه كأن كان زمناً أو شيخاً كبيراً فإنه يصدق بـلا بينـة ولا يمين، وكذا يصـدق إن كان قـوياً جلداً في الأصـح (**فإن عـرف له**) أي من طلب زكـاة (**مال**) يمنع من صرف الزكـاة إليه (**وادّعى تلفـه كلف**) بينة على تلفـه، وهي رجلان، أو رجـل وامرأتان لسهولتها، ولأن الأصل بقاؤه. قال الرافعي: ولم يفرقوا بين أن يدّعي تلفه بسبب ظاهر أو خفيّ كالوديع. قال المحب الطبري: والظاهر التفرقة كـالوديعـة اهـ، وهذا هـو المعتمد وإن فرق ابن الرفعة بينهما بأن الأصل هناك عدم الضمان وهنا عـدم الاستحقاق فـإن هذا يؤدّي إلى عدم أخذ من ادّعى ذلك بالكلية فإنه لا يصدّق ولا يمكنه إقامـة البينة، وفي هـذا حرج عـظيم، وقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

تنبيه: أطلق في زيادة الروضة في قسم الفيء أن من ادّعى أنه مسكين، أو ابن سبيل قبل بلا بينة، وهو محمول على هذا التفصيل المذكور (**وكذا إن ادّعى**) من طلب زكاة (**عيـالاً**) له لا يفي كسبه بكفايتهم كلف البينة على العيال (**في الأصح**) لأن الأصل عدمهم ولسهولة إقامة البينة على ذلك، والمراد بهم من تلزمه نفقتهم. قال شيخنا: وقول السبكي تفقهاً: وكذا من لم تلزمه ممن تقضي المروءة بقيامه بنفقتهم ممن يمكن صرف الزكاة إليه من قريب وغيره بعيد (**ويعـطى غاز**) جاء وقت خروجه كما في الروضة وأصلها (**وابن سبيل**) كذلك قياسـاً عليه (**بقـولهما**) بـلا بينة ولا يمين على الأصح؛ لأنه لأمر مستقبل (**فإن لم يخرجا**) مع الرفقة وإن تأهبا للغزو والسفر (**استردّ**) منهما ما أخذاه؛ لأن صفة الاستحقاق لم تحصل، ولم يتعرّض الجمهـور للقدر الـذي يحتمل تأخيـره، وقدّره السـرخسي بثلاثـة أيام. قـال الرافعي: ويشبـه أنها تقـريب أي فيحتمل تأخير الخروج لانتظار الرفقة وتحصيـل الأهبة ونحـوهما. قـال الرافعي: ولـو مات الغـازي في الطريق أو امتنع من الغزو استردّ منه ما بقي، وهو يدلّ على أنه لا يستردّ جميـع ما أخـذه، وهذا كما قال ابن الرفعة ظاهر في حالة موته دون امتناعه.

تنبيه: مقتضى عبارة المصنف أن الغازي وابن السبيل إذا خـرجا ورجعـا وفضل شيء لم يستردّ منهما، وليس على إطلاقه، بل يستردّ من ابن السبيل مطلقاً. وأما الغازي فإن غـزا ورجع وبقي معـه شيء صالـح ولم يقتر على نفسـه استردّ منـه ذلك فقط؛ لأنـا تبينا أن المعـطى فـوق حاجته فـإن قتر على نفسـه أو لم يقتر والبـاقي يسير لم يستـردّ منه شيء، ولا يختص الاستـرداد بهما، بل إذا أعطى المكاتب ثم استغنى عما أعطيناه بتبرّع السيد بإعتـاقه أو إبـرائه عن النجـوم استردّ ما قبضه على الأصح؛ لأن المقصود حصول العتق بالمال المدفوع إليه ولم يحصل. قال في البيان: ولو سلم بعض المال لسيده فأعتقه فمقتضى المذهب أنه لا يستـرد منه لاحتمـال أنه إنما أعتقه بالمقبوض. قال في المجموع: وما قاله متعين. قال الرافعي: ويجري الخـلاف في

وَيُطَالَبُ عَـامِلٌ وَمُكَـاتَبٌ وَغَارِمٌ بِبَيِّنَـةٍ،وَهِيَ: إِخْبَارُ عَـدْلَيْنِ، وَيُغْنِي عَنْهَا الِاسْتِفَـاضَـةُ، وَكَـذَا تَصْدِيقُ رَبِّ الدَّيْنِ والسَّيِّدِ في الأَصَحِّ، وَيُعْـطَى الْفَقِيرُ والمِسْكِينُ كِفَـايَةَ سَنَـةٍ. قُلْتُ: الأَصَحُّ المَنْصُوصُ، وَقَـوْلُ الجُمْهُورِ كِفَـايَةَ الْعُمْـرِ

الغارم إذا استغنى عما أخذه بإبراء أو نحوه(**ويطالب عامل ومكاتب وغارم ببينة**) بالعمل والكتابة والغرم لسهولتها ولا بدّ أيضاً أن يقيم المكاتب بينة بما بقي عليه من النجوم كما قاله الماوردي. قال السبكي: العامل ومطالبة بالبينة محلها إذا أتى لرب المال وطالب وجهل حاله. أما الإمام فإنه يعلم حاله فإنه الذي يبعثه فلا تتأتى البينة فيه. قال الأذرعي: وقد يتصوّر فيما إذا فوّض إليه الإمام التفرقة ثم جاء وادّعى القبض والتفرقة وطلب أجرته من المصالح، واستثنى ابن الرفعة تبعاً لجماعة من الغرم ما إذا غرمه لإصلاح ذات البين لشهرة أمره. وقال صاحب البيان: إنه لا بدّ من البينة، وهو قضية كلام الإحياء. قال الأذرعي: ولعلّ هذا فيمن لم يستفض غرمه لذلك، ويرجع الكلام إلى أنه إن اشتهر لم يحتج إلى البينة وإلا احتاج كالغارم لمصلحته، وهذا جمع بين الكلامين وهو حسن (**وهي**) أي البينة هنا وفيما مرّ (**إخبار عدلين**) بصفة الشهود، ولا يعتبر لفظ الشهادة كما استحسنه الرافعي في الشرح الصغير.

تنبيه: أشعر تعبير المصنف بإخبار أنه لا يحتاج لدعوى عند قاض وإنكار واستشهاد، وهو كذلك بناء على قبول الاستفاضة المذكورة في قوله: (**ويغني عنها**) أي البينة في كل مطالبة بها من الأصناف كما قاله الرافعي (**الاستفاضة**) بين الناس لحصول غلبة الظنّ بها، وسيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى أن شرطها التسامع من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب (**وكذا تصديق رب الدين**) في الغارم (**و**) تصديق (**السيد**) في المكاتب يغني عن البينة في كل منهما (**في الأصح**) لظهور الحقّ بالإقرار والتصديق. والثاني: لا؛ لاحتمال التواطىء، وردّ بأنه يراعي المكاتب فإن عتق وإلا استرجع منه، والغارم فإن وفى وإلا استرجع منه.

تنبيه: سكت المصنف رحمه الله تعالى عن المؤلفة وحكمهم أن من قال: نيتي في الإسلام ضعيفة أنه يصدّق بلا يمين؛ لأن كلامه يصدّقه، وأن من ادّعى الشرف بأن قال: أنا شريف مطاع في قومي، أو الكفاية بأن قال: أنا أكفيكم شرّ من يليني من الكفار، أو مانعي الزكاة أنه لا بدّ من إقامة البينة على ذلك.

واعلم أن الكلام من أوّل الفصل إلى هنا في الصفات المقتضية للاستحقاق من الأصناف الثمانية، ومن هنا إلى آخره في كيفية الصرف وقدره، وقد شرع في ذلك فقال: (**ويعطى الفقير والمسكين**) أي كلّ منهما إن لم يحسن كسباً بحرفة ولا تجارة (**كفاية سنة**) لأن الزكاة تتكررّ كل سنة فتحصل بها الكفاية سنة، وأيد بما في الصحيح أنه ﷺ كان يدخر لأهله كفاية سنة (**قلت: الأصح المنصوص**) في الأمّ (**و**) هو (**قول الجمهور**) أيضاً يعطى كل منهما (**كفاية العمر**

الْغَالِبِ فَيَشْتَرِي بِهِ عَقَاراً يَسْتَغِلُّهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَالْمُكَاتَبُ وَالْغَارِمُ قَدْرَ دَيْنِهِ، وَابْنُ السَّبِيلِ مَا يُوَصِّلُهُ مَقْصِدَهُ أَوْ مَوْضِعَ مَالِهِ،

الغالب) لأن به تحصل الكفاية على الدوام، وفسر الكفاية بقوله: **(فيشتري به عقاراً يستغله)** ويستغني به عن الزكاة، فليس المراد أن يدفع له كفاية عمره دفعة **(والله أعلم)** فإن وصل إلى العمر الغالب ماذا يدفع له؟ لم أرَ من ذكره، وقد سألت شيخي عن ذلك فقال: يعطي كفاية سنة وهو ظاهر.

تنبيه: لم يعلم من كلام المصنف من يشتري العقار. قال الزركشي: وينبغي أن يكون الإمام. ثم قال: ويشبه أن يكون كالغازي إن شاء اشترى له وإن شاء دفع له وأذن له في الشراء اهـ وهذا هو الظاهر. أما من يحسن الكسب بحرفة فيعطي ما يشتري به آلتها قلت قيمتها أو كثرت. قال الزركشي تفقهاً: ولو اجتمع في واحد حرف أعطي بأقلها فإن لم تف بحاله تمم له ما يكفيه اهـ والأوجه كما قال شيخنا أنه يعطى بالحرفة التي تكفيه، أو بتجارة فيعطى ما يشتري به ما يحسن التجارة فيه ما يفي ربحه بكفايته غالباً. قال الرافعي: وأوضحوه بالمثال، فقالوا: البقلي يكفيه خمسة دراهم، والباقلاني عشرة، والفاكهاني عشرون، والخباز خمسون، والبقال مائة، والعطار ألف، والبزاز ألفان، والصيرفي خمسة آلاف، والجوهري عشرة آلاف. وظاهر كما قال شيخنا أن ذلك على التقريب، فلو زاد على كفايتهم أو نقص عنها نقص أو زيد ما يليق بالحال.

تنبيه: البقلي بموحدة هو من يبيع البقول، والباقلاني من يبيع الباقلاء، والبقال بموحدة الفامي، وهو من يبيع الحبوب قيل: والزيت. قال الزركشي: ومن جعله بالنون فقد صحفه، فإن ذلك يسمى النقلي لا النقال اهـ وسكت المصنف وغيره عن أقلّ ما يدفع من الزكاة، وفي الودائع لابن سريج أقله أي من جهة الأولوية للمالك إذا لم ينحصر المستحقون أو انحصروا ولم يف بهم المال نصف درهم وأكثره ما يخرجه من حال الفقر إلى الغنى **(و)** يعطى **(المكاتب)** كتابة صحيحة **(والغارم)** أي كلّ منهما **(قدر دينه)** فقط، وإن كان معهما البعض أعطيا التتمة فقط؛ لأن الدفع لهما للحاجة. نعم الغارم لذات البين يعطي قدر دينه مطلقاً كما علم مما مرّ.

تنبيه: كان الأولى للمصنف تثنية الضمير كما في المحرّر أو يعطف الغارم بأو **(و)** يعطى **(ابن السبيل ما)** أي شيئاً إذا حان وقت خروجه يكفيه لنفقته وكسوته بحسب الحال صيفاً وشتاءً بحيث **(يوصله)** ذلك **(مقصده)** بكسر الصاد إن لم يكن له في طريقه إليه مال **(أو)** يعطى ما يوصله **(موضع ماله)** إن كان له مال في طريقه، فإن كان معه بعض ما يكفيه كمل له كفايته ذهاباً وكذا رجوعاً إن كان عازماً على الرّجوع وليس له في مقصده ولا طريقه ما يكفيه، ولا يعطى

وَالْغَازِي قَدْرَ حَاجَتِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً ذَاهِباً وَرَاجِعاً وَمُقِيماً هُنَاكَ وَفَرَساً وَسِلَاحاً، وَيَصِيرُ ذٰلِكَ مِلْكاً لَهُ، وَيُهَيَّأُ لَهُ وَلِابْنِ السَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إِنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلاً أَوْ كَانَ ضَعِيفاً لَا يُطِيقُ الْمَشْيَ، وَمَا يَنْقُلُ عَلَيْهِ الزَّادَ وَمَتَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْراً يَعْتَادُ مِثْلُهُ حَمْلَهُ بِنَفْسِهِ،

لمدّة الإقامة إلا إقامة مدّة المسافرين كما في الرّوضة، وهذا شامل لما إذا قام لحاجة يتوقعها كلّ وقت فيعطى لثمانية عشر يوماً وهو المعتمد، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين (و) يعطى (**الغازي**) إذا حان وقت خروجه (**قدر حاجته**) في غزوة (**نفقة وكسوة**) لنفسه وكذا لعياله كما صرّح به الفارقي وابن أبي عصرون في النفقة، وقال الرافعي: ليس ببعيد وقياساً في الكسوة (**ذاهباً وراجعاً ومقيماً هناك**) في موضع الغزو إلى الفتح وإن طالت الإقامة؛ لأن اسمه لا يزول بذلك بخلاف ابن السبيل.

تنبيه: سكتوا عن قدر المعطى لإقامته مع أنه لا يعرف في الابتداء مدّة مقامه. قال الأذرعي: ويحتمل إعطاؤه لأقلّ مدّة يظنّ إقامته هناك وإن زادت المدّة زيد بحسبها. لكن قد يجرّه ذلك إلى نقل الزكاة إلى دار الحرب وصرفها **هناك**، وقد يغتفر هذا للحاجة اهـ وهذا هو الظاهر (**و**) يعطى (**فرساً**) أي قيمتها إن كان يقاتل فارساً (**وسلاحاً**) أي قيمته للحاجة إليه (**ويصير ذلك**) أي الفرس والسلاح (**ملكاً له**) فلا يسترد منه إذا رجع كما صرّح به الفارقي.

تنبيه: قد علم مما تقرّر أنه ليس للمالك أن يعطيه الفرس والسلاح لامتناع الإبدال في الزكاة. وأما الإمام فله أن يشتري له ذلك ويعطيه له، وله أن يشتري من هذا السهم خيلاً وسلاحاً ويوقفها في سبيل الله تعالى، وله أن يستأجر له وأن يعيره مما اشتراه ووقفه، ويتعين أحدهما إن قلّ المال، وإذا انقضت المدّة استرد منه الموقوف والمستأجر والمعار (**ويهيأ له**) أي للغازي (**ولابن السبيل**) أي لكل منهما (**مركوب**) غير الذي يقاتل عليه الغازي بإجارة أو إعارة لا تمليك بقرينة ما يأتي، هذا (**إن كان السفر طويلاً أو كان**) السفر قصيراً أو كان كل منهما (**ضعيفاً لا يطيق المشي**) دفعاً لضرورته، فإن كان قصيراً وهو قوي فلا.

تنبيه: قضية كلامه كالمحرّر أن المركوب غير الفرس الذي يقاتل عليه كما قرّرته. قال الأذرعي: ولم يذكرا في الشرح والروضة في الغازي غير الفرس، وذكرا تهيئة المركوب لابن السبيل فقط، ولم يحضرني في ذلك تصريح للأصحاب، بل قضية كلام كثير منهم أن مركوبه هو الفرس الذي يعطاه قال: وقد يوجه ما في الكتاب بتوفير الخيل إلى وقت الحرب إذ لو ركبوها من دارنا إلى دار الحرب ربما كلت وعجزت عن الكرّ والفرّ حال المطاردة والقتال لا سيما إذا بعد المغزي اهـ وما وجه به هو المراد وهو ظاهر (**و**) يهيأ لهما (**ما**) أي مركوب (**ينقل عليه**) كل منهما (**الزاد ومتاعه**) لحاجته إليه (**إلا أن يكون**) متاعه (**قدراً يعتاد مثله حمله بنفسه**) فلا؛ لانتفاء الحاجة.

وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا اسْتِحْقَاقٍ يُعْطَى بِإِحْدَاهُمَا فَقَطْ فِي الأَظْهَرِ.

فَصْلٌ

يَجِبُ اسْتِيعَابُ

تنبيه: أفهم سياق كلام المصنف استرداد المركوب وما ينقل عليه الزاد والمتاع إذا رجعا وهو كذلك، وقضية إطلاقه التهيئة لابن السبيل ولو كان سفره للنزهة. قال الزركشي: وهو بعيد، والمتجه منع صرف الزكاة فيما لا ضرورة إليه اهـ وينبغي حمل هذا على ما إذا كانت النزهة هي الحاملة له على السفر، وسكت المصنف عن إعطاء المؤلفة والعامل أما المؤلفة فيعطيهم الإمام بحسب ما يراه أو المالك إن فرق على قولنا أنه يعطي المؤلفة وهو الراجح، وأما العامل فيستحق من الزكاة أجرة مثل ما عمله، فإن شاء بعثه الإمام بلا شرط ثم أعطاه إياه، وإن شاء سماها له إجارة أو جعالة ثم أدّاه من الزكاة، فإن أدّاها المالك قبل قدوم العامل أو حملها إلى الإمام أو نائبه فلا شيء له، وليس للإمام أن يستأجره بأكثر من أجرة مثله، فإن زاد عليها بطلت الإجارة لتصرّفه بغير المصلحة والزائد من سهم العامل على أجرته يرجع للأصناف وإن نقص سهمه عنها كمل قدرها من الزكاة ثم قسم الباقي، وإن رأى الإمام أن يجعل أجرة العامل من بيت المال إجارة أو جعالة جاز وبطل سهمه فتقسم الزكاة على بقية الأصناف كما لو لم يكن عامل.

فرع: قال الدارمي: إنما يجوز أن يعطى العامل إذا لم يوجد متطوّع نقله الأذرعي عنه وأقره وهو يقتضي أن من عمل متبرّعاً لا يستحق شيئاً على القاعدة وهو ما جزم به ابن الرفعة وردّه السبكي بأن هذا فرضه الله تعالى لمن عمل كالغنيمة يستحقها المجاهد وإن لم يقصد إلا إعلاء كلمة الله تعالى، فإذا عمل على أن لا يأخذ شيئاً استحقّ وإسقاطه بعد العمل لما ملكه به لا يصحّ إلا بما ينقل الملك من هبة أو نحوها وليس كمن عمل لغيره عملاً بقصد التبرّع حتى يقال: إن القاعدة أنه لا يستحق؛ لأن ذلك فيما يحتاج إلى شرط من المخلوق، وهذا من الله تعالى كالميراث والغنيمة والفيء **(ومن فيه صفتا استحقاق)** للزكاة كالفقر والغرم ولو كان عاملاً فقيراً **(يعطى إحداهما فقط في الأظهر)** لأن العطف في الآية يقتضي التغاير، والثاني: يعطى بهما لاتصافه بهما.

تنبيه: محل الخلاف إذا كان من زكاة واحدة. أما إذا كان أخذ من زكاة بصفة ومن أخرى بصفة أخرى فهو جائز، ولو أخذ فقير غارم مع الغارمين نصيبه من سهمهم فأعطاه غريمه أعطى مع الفقراء نصيبه من سهمهم؛ لأنه الآن محتاج كما نقله في الروضة عن الشيخ نصر وأقرّه. قال الزركشي: فالمراد امتناع أخذه بهما دفعة: أي أو مرتباً ولم يتصرّف فيما أخذه أوّلاً كما قاله شيخنا. أما من فيه صفتا استحقاق للفيء أي وإحداهما الغزو كغاز هاشمي فيعطى بهما.

فَصْلٌ

في حكم استيعاب الأصناف والتسوية بينهم وما يتبعها **(يجب استيعاب)** أي تعميم

الأَصْنَافِ إِنْ قَسَّمَ الإِمَامُ وهُنَاكَ عَامِلٌ، وَإِلَّا فَالْقِسْمَةُ عَلَى سَبْعَةٍ، فَإِنْ فُقِدَ بَعْضُهُمْ فَعَلَى الْمَوْجُودِينَ، وَإِذَا قَسَّمَ الإِمَامُ يَسْتَوْعِبُ مِنَ الزَّكَوَاتِ الحَاصِلَةِ عِنْدَهُ آحَادَ كُلِّ صِنْفٍ،

(**الأصناف**) الثمانية بالزكاة حتى زكاة الفطر (**إن**) أمكن بأن (**قسم الإمام**) أو نائبه (**وهناك عامل**) مع بقية الأصناف، ولم يجعل له الإمام شيئاً من بيت المال، ولو قسم العامل كان الحكم كذلك فيعزل حقه ثم يفرّق الباقي على سبعة، وإنما وجب التعميم لظاهر الآية، ولقوله ﷺ لسائلة الزكاة: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِ نَبِيٍّ وَلَا غَيْرِهِ فِي الصَّدَقَاتِ حَتَّى حَكَمَ هُوَ فِيهَا، فَجَزَّأَهَا ثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ، فَإِنْ كُنْتَ مِنْ تِلْكَ الأَجْزَاءِ أَعْطَيْتُكَ حَقَّكَ» رواه أبو داود[1]، فإن شقت القسمة في زكاة الفطر جمع جماعة فطرتهم ثم قسّموها على سبعة، واختار جماعة من أصحابنا: منهم الأصطخري جواز صرفها إلى ثلاثة من المستحقين، واختاره السبكي. وحكى الرافعي عن اختيار صاحب التنبيه جواز صرفها إلى واحد. قال في البحر: وأنا أفتي به. قال الأذرعي: وعليه العمل في الأعصار والأمصار، وهو المختار، والأحوط دفعها إلى ثلاثة. قال: والقول بوجوب استيعاب الأصناف وإن كان ظاهر المذهب بعيد؛ لأن الجماعة لا يلزمهم خلط فطرتهم، والصاع لا يمكن تفرقته على ثلاثة من كل صنف في العادة (**وإلا**) بأن قسم المالك أو الإمام ولا عامل بأن حمل كل من أصحاب الأموال زكاته إلى الإمام أو استأجر الإمام عاملاً من بيت المال (**فالقسمة**) حينئذ (**على سبعة**) لسقوط سهم العامل فيدفع لكل صنف منهم سبع الزكاة قلّ عدده أو كثر (**فإن فقد بعضهم**) من البلد وغيره (**فعلى الموجودين**) منهم، إذ المعدوم لا سهم له. قال ابن الصلاح: والموجود الآن أربعة: فقير، ومسكين، وغارم، وابن سبيل. وقال ابن كج: سمعت القاضي أبا حامد يقول: أنا أفرّق زكاة مالي على الفقراء والمساكين لأني لا أجد غيرهم، ولعلّ هذا كان في زمنهم. وأما في زماننا فلم نفقد إلا المكاتبين، لكن جاء في الخبر أن في آخر الزمان يطوف الرجل بصدقته فلا يجد من يقبلها.

تنبيه: شمل إطلاق المصنف فقد البعض صورتين: إحداهما فقد صنف بكماله كالمكاتبين، والثانية فقد بعض صنف بأن لا يجد منه إلا واحداً أو اثنين، وفي زيادة الروضة: أنه يصرف باقي السهم إليه إن كان مستحقاً، ولا ينقل لبلد آخر. فإن لم يوجد أحد منهم في بلد الزكاة ولا غيرها حفظت الزكاة حتى يوجدوا أو بعضهم، فإن وجدوا وامتنعوا من أخذها قاتلهم الإمام على ذلك كما قاله سليم في المجرّد؛ لأن أخذها فرض كفاية، ولا يصح إبراء المستحقين المحصورين المالك من الزكاة، وإن وجدوا في غير بلد الزكاة فسيأتي حكمه في نقل الزكاة (**وإذا قسم الإمام**) أو نائبه المفروض إليه الصرف (**استوعب**) وجوباً (**من الزكوات الحاصلة عنده آحاد كل صنف**) لأنه لا يتعذر عليه الاستيعاب، ولا يجب عليه أن يستوعب في

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/٢٨١ (١٦٣٠) والدارقطني ٢/١٣٧ (٩) والبيهقي في السنن ٤/١٧٤.

وَكَذا يَسْتَوْعِبُ المَالِكُ إِنِ انْحَصَرَ المُسْتَحِقُّونَ فِي الْبَلَدِ وَوَفَّى بِهِمُ المَالُ، وَإِلَّا فَيَجِبُ إِعْطَاءُ ثَلَاثَةٍ، وَتَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الأَصْنَافِ، لَا بَيْنَ آحَادِ الصِّنْفِ، إِلَّا أَنْ يُقَسِّمَ الْإِمَامُ فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ التَّفْضِيلُ مَعَ تَسَاوِي الحَاجَاتِ،

زكاة كل شخص جميع الأصناف، بل له أن يعطي زكاة شخص بكمالها لواحد، وأن يخصّ واحداً بنوع وآخر بغيره؛ لأن الزكوات كلها في يده كالزكاة الواحدة.

تنبيه: محل وجوب الاستيعاب كما قال الزركشي إذا لم يقلّ المال، فإن قلّ بأن كان قدراً لو وزعه عليهم لم يسدّ لم يلزمه الاستيعاب للضرورة، بل يقدّم الأحوج فالأحوج أخذاً من نظيره في الفيء **(وكذا يستوعب)** وجوباً **(المالك)** آحاد كل صنف **(إن انحصر المستحقون في البلد)** بأن سهل عادة ضبطهم ومعرفة عددهم، وسيأتي بيان ضابط العدد المحصور في باب ما يحرم من النكاح إن شاء الله تعالى **(ووفى بهم)** أي بحاجتهم **(المال)** ويجب التسوية بينهم حينئذ، فإن أخلّ أحدهما بصنف ضمن ما كان يعطيه له ابتداء، لكن الإمام إنما يضمن من مال الصدقات لا من ماله بخلاف المالك قاله الماوردي **(وإلا)** أي وإن لم ينحصروا أو انحصروا ولم يف المال بحاجتهم **(فيجب)** في غير العامل **(إعطاء ثلاثة)** فأكثر من كل صنف؛ لأن الله تعالى أضاف إليهم الزكوات بلفظ الجمع، وأقله ثلاثة، فلو دفع لاثنين غرم للثالث أقلّ متموّل على الأصح في المجموع؛ لأنه لو أعطاه ابتداء خرج عن العهدة، فهو القدر الذي فرّط فيه، وقيل: يغرم له الثلث، أما العامل فيجوز أن يكون واحداً إن حصلت به الكفاية **(وتجب التسوية بين الأصناف)** سواء أقسم الإمام أو المالك وإن كانت حاجة بعضهم أشدّ لانحصارهم، ولأن الله تعالى جمع بينهم بواو التشريك، فاقتضى أن يكونوا سواء.

تنبيه: يستثنى من ذلك صورتان: الأولى: العامل فإنه لا يزاد على أجرته كما مرّ. الثانية: الفاضل نصيبه عن كفايته فإنه يعطى قدر كفايته فقط، و **(لا)** يجب على المالك التسوية **(بين آحاد الصنف)** لأن الحاجات متفاوتة غير منضبطة فاكتفى بصدق الاسم بل يستحب عند تساوي حاجاتهم، فإن تفاوتت استحب التفاوت بقدرها، بخلاف الوصية لفقراء بلد فإنه يجب التسوية بينهم؛ لأن الحق فيها لهم على التعيين حتى لو لم يكن ثمّ فقير بطلت الوصية، وهذا لم يثبت الحق لهم على التعيين، وإنما تعينوا لفقد غيرهم، ولهذا لو لم يكن في البلد مستحق لا تسقط الزكاة بل ينقل إلى بلد آخر **(إلا أن يقسم الإمام فيحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات)** لأن عليه التعميم فكذا التسوية؛ ولأنه نائبهم فلا يفاوت بينهم عند تساوي حاجاتهم بخلاف المالك فيهما، وهذا ما جرى عليه الرافعي في شرحيه عن التتمة، لكنه قال في الرّوضة: قلت: ما في التتمة وإن كان قوياً في الدليل فهو خلاف مقتضى إطلاق الجمهور استحباب التسوية، وعليه جرى ابن المقري في روضه، والمعتمد ما في الكتاب، وخرج بقوله: مع تساوي الحاجات ما لو اختلفت فيراعيها وإذا لم يجب الاستيعاب يجوز الدفع للمستوطنين

وَالأَظْهَرُ مَنْعُ نَقْلِ الزَّكَاةِ وَلَوْ عُدِمَ الأَصْنَافُ في الْبَلَدِ وَجَبَ النَّقْلُ،

والغرباء، ولكن المستوطنون أولى ؛ لأنهم جيرانه (**والأظهر منع نقل الزكاة**) من بلد الوجوب الذي فيه المستحقون إلى بلد آخر فيه مستحقوها فتصرف إليهم قالوا لخبر الصحيحين: «صَدَقَةٌ تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ» ولامتداد أطماع أصناف كل بلدة إلى زكاة ما فيه من المال والنقل يوحشهم. والثاني: الجواز لإطلاق الآية، وليس في الحديث دلالة على عدم النقل، وإنما يدلّ على أنها لا تعطى لكافر كما مرّ، وقياساً على نقل الوصية والكفارات والنذر. وأجاب الأوّل عن القياس بأن الأطماع لا تمتدّ إلى ذلك امتدادها إلى الزكاة.

تنبيه: كلامه يفهم أن القولين في التحريم، لكن الأصح أنهما في الاجزاء، وأما التحريم فلا خلاف فيه، وإطلاقه يقتضي أموراً: أحدها: جريان الخلاف في مسافة القصر وما دونها، وهو كذلك، ولو كان النقل إلى قرية بقرب البلد. الثاني: جريانه، سواء أكان أهل السهام محصورين أم لا، وهو قضية كلام الماوردي والإمام وغيرهما، وخصه في الشافي بعدم انحصارهم، فلو انحصروا حولًا تملكوها وتعين صرفها إليهم وتنتقل إلى ورثتهم ولو كانوا أغنياء، ومن دخل قبل القسمة لا شيء له، وهذا ظاهر كما سيأتي. الثالث: أنه لا فرق بين الإمام وغيره، وليس مراداً، بل إنما هو في المالك كما قاله الرّافعي. أما الإمام والساعي، فقال في المجموع: الأصح الذي تقتضيه الأحاديث جواز النقل للإمام والساعي. وقال الأذرعي: إنه الصواب الذي دلت عليه الأخبار وسيرة الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم اهـ والعبرة في نقل الزكاة المالية ببلد المال حال الوجوب وفي زكاة الفطر ببلد المؤدّى عنه اعتباراً بسبب الوجوب فيهما، ولأن نظر المستحقين يمتدّ إلى ذلك فيصرف العشر إلى مستحقي بلد الأرض التي حصل فيها العشر، وزكاة النقدين والمواشي والتجارة إلى مستحقي البلد الذي تمّ فيه حولها. ويستثنى من ذلك مسائل: منها ما لو كان للمالك بكل بلد عشرون شاة فله إخراج شاة في أحد البلدين حذراً من التشقيص بخلاف ما لو وجب عليه في غنم كل بلد شاة فإنه لا يجوز النقل لانتفاء التشقيص. ومنها ما لو وجبت عليه زكاة ماله والمال ببادية ولا مستحق فيها فله نقله إلى مستحقّ أقرب بلد إليه، ومنها أهل الخيام غير المستقرّين بموضع، بأن كانوا ينتقلون من موضع إلى آخر دائماً فلهم إن لم يكن فيهم مستحق نقل واجبهم إلى أقرب بلد إليهم وإن استقرّوا بموضع، لكن قد يظعنون عنه ويعودون إليه ولم يتميز بعضهم عن بعض في الحلل. وفي المرعى وفي الماء صرف إلى من هو فيما دون مسافة القصر من موضع الوجوب لكونه في حكم الحاضر، ولهذا عدّ مثله في المسجد الحرام من حاضريه، والصرف إلى الظاعنين معهم أولى لشدّة جوارهم، فإن تميز بعضهم عن بعض بما ذكر فالحلة كالقرية في حكم النقل مع وجود المستحق فيها فيحرم النقل عنها (**ولو عدم الأصناف في البلد**) الذي وجبت الزكاة فيها وفضل عنهم شيء (**وجب النقل**) لها إلى أقرب البلاد لبلد الوجوب، فإن نقل لأبعد منها فعلى

أَوْ بَعْضُهُمْ وَجَوَّزْنَا النَّقْلَ وَجَبَ، وَإِلَّا فَيُرَدُّ عَلَى الْبَاقِينَ،وَقِيلَ يُنْقَلُ وَشَرْطُ السَّاعِي كَوْنُهُ حُرّاً عَدْلاً فَقِيهاً بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ فَإِنْ عُيِّنَ أَخْذٌ وَدَفْعٌ لَمْ يُشْتَرَطِ الْفِقْهُ وَلْيُعْلِمْ شَهْراً لِأَخْذِهَا،

الخلاف السابق في نقل الزكاة (أو) عدم (**بعضهم**) أي الأصناف غير العامل أو فضل شيء عن بعض وجد منهم (**وجوّزنا النقل**) مع وجودهم (**وجب**) نقل نصيب الصنف المعدوم إلى ذلك الصنف بأقرب بلد. أما العامل فنصيبه يردّ على الباقين كما علم مما مرّ (**وإلا**) بأن لم نجوّز النقل (**فيردّ**) نصيب البعض أو ما فضل عنه (**على الباقين**) حتماً إن نقص نصيبهم عن كفايتهم فلا ينقل إلى غيرهم لانحصار الاستحقاق فيهم (**وقيل ينقل**) حتماً إلى أقرب بلد؛ لأن استحقاق الأصناف منصوص عليه فيقدّم على رعاية المكان الثابت بالاجتهاد، وأجاب الأوّل بأن عدم الشيء في موضعه كالعدم المطلق، فإن نقل ضمن.

تنبيه: حيث جاز النقل أو وجب فمؤنته على المالك. نعم إن قبضه الساعي من المالك فمؤنة النقل من مال الزكاة قاله الأذرعي (**وشرط الساعي**) وهو العامل (**كونه حراً**) ذكراً مكلفاً (**عدلاً**) في الشهادات كلها، فلا بدّ أن يكون سميعاً بصيراً لأنه نوع ولاية، فكان ذلك من شرطها كغيرها من الولايات.

تنبيه: استغنى بذكر العدالة عن اشتراط الإسلام (**فقيهاً بأبواب الزكاة**) فيما تضمنته ولايته كما قيده الماوردي ليعلم من يأخذ وما يؤخذ، هذا إذا كان التفويض عاماً (**فإن عين له أخذ ودفع**) فقط (**لم يشترط الفقه**) المذكور؛ لأنه قطع اجتهاده بالتعيين. وأما بقية الشروط فيعتبر منها التكليف والعدالة، وكذا الإسلام كما اختاره في المجموع دون الحرية والذكورة. ومثل الساعي أعوان العامل من كتابه وحسابه وجباته ومستوفيه، نبه عليه الماوردي في حاويه، ويقسم الزكاة ساع قلد القسمة أو أطلق تقييده بخلاف ما لو قلد الأخذ وحده ليس له أن يقسم، فإن كان الساعي جائراً في أخذ الزكاة عادلاً في قسمها جاز كتمها عنه ودفعها إليه، أو كان جائراً في القسمة عادلاً في الأخذ وجب كتمها، فلو أعطيها طوعاً أو كرهاً أجزأت وإن لم يوصلها إلى المستحقين؛ لأنه نائبهم كالإمام (**وليعلم**) الإمام ولو بنائبه (**شهراً لأخذها**) ليتهيأ أرباب الأموال لدفعها والمستحقون لأخذها. ويسنّ كما نصّ عليه الشافعي والأصحاب كون ذلك الشهر المحرم لأنه أوّل العام، وهذا فيما يعتبر فيه العام، فإن لم يكن كالزرع والثمار فيبعث وقت وجوبها وهو في الزرع عند الاشتداد وفي الثمار عند بدوّ الصلاح قاله الجرجاني وغيره، والأشبه كما قال الأذرعي أن لا يبعث في زكاة الحبوب إلا عند تصفيتها بخلاف الثمار فإنها تخرص حينئذ، فإن بعث خارصاً لم يبعث الساعي إلا عند جفافها.

تنبيه: كلام المصنف قد يفهم أن هذا الإعلام واجب، والصحيح ندبه، ويجب على

وَيُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ الصَّدَقَةِ والْفَيْءِ

الإمام بعث السعاة لأخذ الزكاة كما في الرّوضة وأصلها.

تتمة: يسنّ للإمام أو نائبه في تفريق الزكاة أن يكون عارفاً عدد المستحقين وقدر حاجاتهم، وأن يبدأ بإعطاء العاملين، فإن تلف المال تحت أيديهم بلا تقصير فأجرتهم من بيت المال، ويحرم على الإمام أو نائبه بيع شيء من الزكاة، ولا يصح بيعها إلا عند وقوعها في خطر كأن أشرفت على هلاك أو حاجة مؤنة نقل أو ردّ حيران، فإن باع بلا عذر ضمن، فإن كان المستحقون جماعة والزكاة شاة مثلاً أخذوها، ولا تباع عليهم ليقسم ثمنها، ويستحق العامل الزكاة بالعمل والأصناف بالقسمة. نعم إن انحصر المستحقون في ثلاثة فأقلّ، وكذا لو كانوا أكثر ووفى بهم المال استحقوها من وقت الوجوب فلا يضرّهم حدوث غنى أو غيبة، ولو مات أحد منهم دفع نصيبه لوارثه حتى لو كان المزكي وارثه أخذ نصيبه وسقطت عنه النية لسقوط الدفع؛ لأنه لا يدفع عن نفسه بنفسه ولا يشاركهم قادم ولا غائب عنهم وقت الوجوب، ويضمن الإمام إن أخر التفريق بلا عذر بخلاف الوكيل بتفريقها، إذ لا يجب عليه التفريق بخلاف الإمام، ولا يشترط معرفة المستحق قدر ما أخذه، فلو دفع إليه صرّة ولم يعلم قدرها أجزأه زكاة وإن تلفت في يده، وإن اتهم ربّ المال فيما يمنع وجوب الزكاة كأن قال: لم يحل عليّ الحول لم يجز تحليفه، وإن خالف الظاهر بما يدّعيه كأن قال: أخرجت زكاته أو بعته. ويسنّ للمالك إظهار إخراج الزكاة لئلا يساء الظنّ به، ولو ظنّ آخذ الزكاة أنه أعطى ما يستحقه غيره من الأصناف حرم عليه الأخذ، وإذا أراد الأخذ منها لزمه البحث عن قدرها فيأخذ بعض الثمن بحيث يبقى ما يدفعه إلى اثنين من صنفه ولا أثر لما دون غلبة الظنّ، ولو أخر تفريق الزكاة إلى العام الثاني، فمن كان فقيراً أو مسكيناً أو غارماً أو مكاتباً من عامه إلى العام الثاني خصوا بزكاة الماضي وشاركوا غيرهم في العام الثاني فيعطون من زكاة العامين، ومن كان غارماً أو ابن سبيل أو مؤلفاً لم يخصوا بشيء، ووجهه أن هؤلاء يأخذون لما يستقبل بخلاف هؤلاء (**ويسنّ وسم نعم الصدقة والفيء**) والجزية لتتميز عن غيرها ويردّها واجدها لو شردت أو ضلت، وليعرّفها المتصدّق فلا يتملكها بعد؛ لأنه يكره له كما سيأتي. والأصل في ذلك الاتباع في نعم الصدقة والقياس في غيرها. أما نعم غير الزكاة والفيء فوسمه مباح لا مندوب ولا مكروه، قاله في المجموع، وكالنعم الخيل والبغال والحمير والفيلة. والوسم بالمهملة: التأثير بالكيّ وغيره، وجوّز بعضهم الإعجام، حكاه المصنف في شرح مسلم، وبعضهم فرق فجعل المهملة للوجه والمعجمة لسائر الجسد، ويكتب على نعم الزكاة ما يميزها عن غيرها فيكتب عليها زكاة، أو صدقة، أو طهرة، أو لله، وهو أبرك وأولى اقتداء بالسلف، ولأنه أقلّ حروفاً، فهو أقلّ ضرراً، قاله الماوردي والروياني، وحكى ذلك في المجموع عن ابن الصباغ وأقرّه، وعلى نعم الجزية جزية أو صغار بفتح الصاد أي ذلّ، وهذا أولى لقوله تعالى: ﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]. فإن قيل: لم جاز الوسم بالله مع أنها قد تتمرّغ على النجاسات؟ أجيب بأن الغرض التمييز لا

فِي مَوْضِعٍ لَا يَكْثُرُ شَعْرُهُ، وَيُكْرَهُ فِي الْوَجْهِ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ يَحْرُمُ وبِهِ جَزَمَ الْبَغَوِيُّ، وفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ لَعْنُ فَاعِلِهِ، واللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ سُنَّةٌ:

الذكر. قال الأذرعي: والحرف الكبير ككاف الزكاة أو صاد الصدقة، أو جيم الجزية، أو فاء الفيء، كاف، ويكتب ذلك (في موضع) ظاهر صلب (لا يكثر شعره) والأولى في الغنم آذانها وفي غيرها أفخاذها، ويكون اسم الغنم ألطف من البقر، والبقر ألطف من الإبل، والإبل ألطف من الفيلة (ويكره) الوسم (في الوجه) للنهي عنه (قلت: الأصح يحرم وبه جزم) الإمام محيي السنة أبو محمد الحسين بن مسعود (البغوي) في تهذيبه (وفي صحيح مسلم) بن الحجاج بن مسلم القشيري نسباً النيسابوري وطناً، مات سنة إحدى وستين ومائتين عن خمس وخمسين سنة (لعن فاعله، والله أعلم) أشار إلى حديث جابر رضي الله تعالى عنه: «أنه ﷺ مرّ بحِمارٍ وُسِمَ في وَجْهِهِ فَقَالَ لَعَنَ اللَّهُ الذِي وَسَمَهُ». قال الأسنوي: وقد نصّ عليه أيضاً في الأمّ قال: والخبر عندنا يقتضي التحريم، فينبغي رفع الخلاف وحمل الكراهة على التحريم، أو أن قائله لم يبلغه الحديث. قال في المجموع: وهذا في غير الآدمي. أما الآدمي .فوسمه حرام إجماعاً، وقال فيه أيضاً: يجوز الكيّ إذا دعت الحاجة إليه بقول أهل الخبرة وإلا فلا، سواء نفسه أو غيره من آدمي أو غيره، ويجوز خصاء ما يؤكل في صغره؛ لأنه يطيب اللحم ويحرم في الكبير، وكذا خصاء ما لا يؤكل، ويحرم التهريش بين البهائم، ويكره إنزاء الحمر على الخيل، قاله الدميري وعكسه. قال الأذرعي: والظاهر تحريم إنزاء الخيل على البقر لضعفها وتضرّرها بكبر آلة الخيل.

فَصْلٌ

في صدقة التطوّع، وهي المرادة عند الاطلاق غالباً (صدقة التطوّع سنة) للكتاب والسنّة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضاً حَسَناً﴾ [البقرة: ٢٤٥] ومن السنّة قوله ﷺ: «مَنْ أَطْعَمَ جَائعاً أَطْعَمَهُ اللَّهُ مِنْ ثِمَارِ الْجَنَّةِ، وَمَنْ سَقَى مُؤمناً عَلَى ظَمَأٍ سَقَاهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنَ الرَّحِيقِ المَخْتُومِ، وَمَنْ كَسَا مُؤْمِناً عَارِياً كَسَاهُ اللَّهُ مِنْ خُضْرِ الْجَنَّةِ» رواه أبو داود والترمذي بإسناد جيد، وخضر الجنة بإسكان الضاد المعجمة: ثيابها الخضر، وقوله ﷺ: «مَا تَصَدَّقَ أَحَدٌ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ إِلَّا أَخَذَهَا اللَّهُ بِيَمِينِهِ فَيُرَبِّيهَا كَمَا يُرَبِّي أَحَدُكُمْ فَلُوَّهُ أَوْ فَصِيلَهُ حَتَّى تَكُونَ أَعْظَمَ مِنَ الْجَبَلِ العَظِيمِ» وقد يعرض لها ما يحرّمها كأن يعلم من آخذها أنه يصرفها في معصية، وقد تجب في الجملة كأن وجد مضطراً ومعه ما يطعمه

وَتَحِلُّ لِغَنِيٍّ، وَكَافِرٍ، وَدَفْعُهَا سِرًّا، وفي رَمَضَانَ،

فاضلا عن حاجته، وذلك معلوم في محله (وتحلّ لغنيّ) ولو من ذوي القربى على المشهور لقول جعفر بن محمد عن أبيه أنه كان يشرب من سقايات بين مكة والمدينة فقيل له: أتشرب من الصدقة؟ فقال: إنما حرّم الله علينا الصدقة المفروضة، رواه الشافعي والبيهقي، ومثلهم مولاهم بل أولى، لا للنبيّ ﷺ على الأظهر تشريفاً له، ففي الصحيحين: «تَصَدَّقَ اللَّيْلَةَ عَلَى غَنِيٍّ» وفيه: «لَعَلَّهُ أَنْ يَعْتَبِرَ فَيُنْفِقَ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ». قال في الروضة: ويستحق للغنيّ التنزه عنها، ويكره له التعرّض لأخذها. قال الاسنوي: ويكره له أخذها وإن لم يتعرّض لها، ويحرم عليه أخذها إن أظهر الفاقة، وعليه حملوا خبر الذي مات من أهل الصفة وترك دينارين فقال ﷺ: «كَيَّتَانِ مِنْ نَارٍ»، والمراد بالغني هو الذي يحرم عليه أخذ الزكاة. فإن قيل: قد تقدّم في الحديث أن الميت خلف دينارين، وهذا ليس غنى الزكاة. أجيب باحتمال أنه كان وصل العمر الغالب، أو كان غناه بنفقة قريب، أو كسب أو نحو ذلك فقد تطرّق إليه الاحتمال فسقط به الاستدلال كما هو من قواعد إمامنا الشافعي رضي الله تعالى عنه، ويعتبر في حلها له أن لا يظن الدافع فقره. فإن أعطاه ظاناً حاجته، ففي الإحياء إن علم الآخذ ذلك لم يحلّ له ذلك، وكذا إذا دفع إليه لعلمه أو صلاحه أو نسبه لم يحلّ له إلا أن يكون بالوصف المظنون (و) تحلّ لشخص (كافر) ففي الصحيحين: «فِي كُلِّ كَبِدٍ رَطِبَةٍ أَجْرٌ» وأما حديث: «لَا يَأْكُلُ طَعَامَكَ إِلَّا تَقِيٌّ» أريد به الأولى.

تنبيه: قضية إطلاقه الكافر أنه لا فرق بين الحربي وغيره، وهو ما في البيان عن الصيمري، والأوجه ما قاله الأذرعي من أن هذا فيمن له عهد أو ذمة، أو قرابة، أو يرجى إسلامه، أو كان بأيدينا بأسر ونحوه، فإن كان حربياً ليس فيه شيء مما ذكر فلا، وشمل إطلاقه الصدقة عليه من أضحية تطوّع، والأوجه المنع كما نصّ عليه في البويطي (ودفعها سرّاً) أفضل من دفعها جهراً لآية: ﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ﴾ [البقرة: ٢٧١] ولما في الصحيحين في خبر السبعة الذين يظلهم الله تحت ظلّ عرشه من قوله ﷺ: «وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ فَأَخْفَاهَا حَتَّى لَا تَدْرِي شَمَالُهُ مَا أَنْفَقَتْ يَمِينُهُ»(١) نعم إن كان ممن يقتدى به وأظهرها ليقتدي به من غير رياء ولا سمعة فهو أفضل (و) دفعها (في رمضان) أفضل من دفعها في غيره لما رواه الترمذي عن أنس رضي الله تعالى عنه: «سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَيُّ الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: صَدَقَةٌ فِي رَمَضَانَ»(٢) ولأن الفقراء فيه يضعفون ويعجزون عن الكسب بسبب الصوم، وتتأكد في الأيام الفاضلة كعشر ذي الحجة وأيام العيد، وكذا في الأماكن الشريفة كمكة والمدينة، وفي الغزو والحج، وعند الأمور المهمة كالكسوف والمرض والسفر. قال الأذرعي: ولا يفهم من هذا أن من

---

(١) أخرجه البخاري ٢/١٤٣ (٦٦٠) ومسلم ٢/٧١٥ (٩١ - ١٠٣١).
(٢) أخرجه الترمذي (٦٦٣) والبيهقي في السنن ٤/٣٠٦.

وَلِقَـرِيبٍ وَجَارٍ أَفْضَلُ،

أراد التطوّع بصدقة أو برّ في رجب أو شعبان مثلاً أن الأفضل له أن يؤخره إلى رمضان وغيره من الأوقات الفاضلة، بل المسارعة إلى الصدقة أفضل بلا شك، وإنما المراد أن التصدّق في رمضان وغيره من الأوقات الشريفة أعظم أجراً مما يقع في غيرها (و) دفعها (لقريب) أقرب فأقرب رحماً ولو كان ممن تجب نفقته أفضل من دفعها لغير القريب وللقريب غير الأقرب لقوله ﷺ: «الصَّدَقَةُ عَلَى الْمِسْكِينِ صَدَقَةٌ وَعَلَى ذِي الرَّحِمِ ثِنْتَانِ: صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ»(١) رواه الترمذي وحسنه وابن حبان وصححه، وحكى في المجموع فيه الإجماع، وفي الأشدّ من الأقارب عداوة أفضل منها في غيره، ليتألف قلبه، ولما فيه من مجانبة الرياء وكسر النفس.

فائدة: سئل الحناطي: هل الأفضل وضع الرجل صدقته في رحمه من قبل أبيه أو من قبل أمه؟. فأجاب أنهما سواء، وألحق بالأقارب الزوج من الذكور والإناث لخبر الصحيحين: «أن امرأتين أتيتا رسول الله ﷺ فقالتا لبلال سل لنا رسول الله ﷺ هل يجزىء أن نتصدّق على أزواجنا ويتامى في حجورنا؟ فقال: نَعَمْ لَهُمَا أَجْرَانِ أَجْرُ الْقَرَابَةِ وَأَجْرُ الصَّدَقَةِ» ويقاس بالزوج الزوجة، ثم هي بعد الأقرب فالأقرب من ذوي الرحم المحرم، ومن ألحق به في الأقرب فالأقرب من ذي الرحم غير المحرم كأولاد العم والخال، ثم في الأقرب فالأقرب من المحرم رضاعاً ثم مصاهرة، ثم في الأقرب فالأقرب ولاء من الأعلى والأسفل (و) دفعها لـ (جار) أقرب فأقرب (أفضل) من دفعها لغير الجار غير من تقدّم لخبر البخاري عن عائشة رضي الله تعالى عنها: «إن لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ فقال: إِلَى أَقْرَبِهِمَا مِنْكَ بَاباً» وقدّم الجار الأجنبي على قريب بعيد من دار المتصدّق بل أو قريب منها بحيث لا تنقل إليه الزكاة فيهما، ولو كان القريب ببادية فإن كانت تنقل إليه بأن كان في محلها قدّم على الجار الأجنبي وإن بعدت داره، وأهل الخير والمحتاجون أولى من غيرهم، ويسنّ أن تكون الصدقة مما يحبّ لقوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: ٩٢] وأن يدفعها ببشاشة وطيب نفس لما فيه من تكثير الأجر وجبر القلب، وتكره الصدقة بالرديء لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧] فإن لم يجد غيره فلا كراهة، وبما فيه شبهة لخبر مسلم السابق أول الباب، ولا يأنف من التصدق بالقليل فإن قليل الخير كثير عند الله. وقال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٨] وقال ﷺ: «اتَّقُوا النَّارَ وَلَوْ بِشِقِّ تَمْرَةٍ»(٢) ولو بعث بشيء مع غيره إلى فقير فلم يجده استحبّ للباعث أن لا يعود فيه بل يتصدّق به على غيره، وتسنّ الصدقة بالماء، لخبر: «أي الصدقة أفضل؟ قالَ:

(١) ذكره الهيثمي في المجمع ٣/١١٦.
(٢) أخرجه البخاري ١١/٤٠٠ (٦٥٣٩) ومسلم ٢/٧٠٣ (٦٧ـ١٠١٦).

وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ وَلَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَتَصَدَّقَ حَتَّى يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ. قُلْتُ: الأَصَحُّ تَحْرِيمُ صَدَقَتِهِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِنَفَقَةِ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ أَوْ لِدَيْنٍ لَا يَرْجُو لَهُ وَفَاءً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَفِي اسْتِحْبَابِ الصَّدَقَةِ بِمَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ

المَاءُ» أي في الأماكن المحتاج إليه فيها أكثر من غيره، ويكره للإنسان أن يتملك صدقته أو زكاته أو كفارته أو نحوها من الذي أخذها لخبر: «العَائِدُ في صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» ولأنه قد يستحي منه فيحابيه، ولا يكره أن يتملكها من غير من ملكها له، ولا بالإرث ممن ملكها له **(ومن عليه دين أو)** لم يكن عليه **(و)** لكن **(له من تلزمه نفقته يستحب)** له **(أن لا يتصدّق حتى يؤدي ما عليه)** فالتصدّق بدونه خلاف المستحب.

تنبيه: عبارة المصنف لا تطابق ما في المحرّر وغيره من كتب الشيخين فإنهما قالا: لا يستحب له أن يتصدّق. قال الوليّ العراقي: بين العبارتين تفاوت ظاهر، وبيانه أن عبارة المصنف أفادت أن عدم التصدّق مستحب فيكون التصدّق خلاف الأولى، وعبارة المحرر وغيره أن التصدّق غير مستحب فتصدق بأن يكون واجباً أو حراماً أو مكروهاً فإن ذلك كله غير مستحب **(قلت: الأصح تحريم صدقته بما يحتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته)** أو يحتاج إليه لنفقة نفسه ولم يصبر على الإضافة **(أو لدين لا يرجو له وفاء)** لو تصدّق به **(والله أعلم)** أما تقديم ما يحتاجه للنفقة فلخبر: «كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمَاً أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَقُوتُ، وَأَبْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ» رواه أبو داود بإسناد صحيح ورواه مسلم بمعناه، ولأن كفايتهم فرض وهو مقدّم على النفل، والضيافة كالصدقة كما قاله المصنف في شرح مسلم قال: وأما خبر الأنصاري الذي نزل به الضيف فأطعمه قوته وقوت صبيانه، فمحمول على أن الصبيان لم يكونوا محتاجين حينئذ إلى الأكل. وأما الرجل والمرأة فتبرّعا بحقهما وكانا صابرين، وإنما قال فيه لأمّهم: نوّميهم خوفاً من أن يطلبوا الأكل على عادة الصبيان في الطلب من غير حاجة، وما ذكر من أنه يحرم عليه التصدّق بما يحتاج إليه لنفسه صححه في المجموع ونقله في الرّوضة عن كثيرين. لكنه صحح فيها عدم التحريم. قال شيخنا: وهو محمول على من صبر كما أفاده كلامه في المجموع، وعلى الأوّل يحمل ما قالوه في التيمم من حرمة إيثار عطشان عطشان آخر بالماء، وعلى الثاني يحمل ما في الأطعمة من أن للمضطر أن يؤثر على نفسه مضطراً آخر مسلماً. وأما تقديم الدين فلأن أداءه واجب فيتقدّم على المسنون، فإن رجاله وفاء من جهة أخرى ظاهرة فلا بأس بالتصدّق به إلا إن حصل بذلك تأخير. وقد وجب وفاء الدين على الفور بمطالبة أو غيرها، فالوجه وجوب المبادرة إلى إيفائه وتحريم الصدقة بما يتوجه إليه دفعه في دينه كما قاله الأذرعي **(وفي استحباب الصدقة بما)** أي بكلّ ما **(فضل عن حاجته)** أي كفايته وكفاية من تلزمه كفايته يومه وليلته كسوة فصله لا ما يكفيه في الحال فقط، ولا ما يكفيه في سنته كما هو قضية كلام

أَوْجُـهٌ: أَصَحُّهَا إِنْ لَمْ يَشُقَّ عَلَيْهِ الصَّبْرُ اسْتُحِبَّ، وَإِلَّا فَلا.

الإحياء، ولوفاء دينه (أوجه: **أصحهما إن لم يشق عليه الصبر**) على الإضافة (**استحب**) له (**وإلا فلا**) يستحب، بل يكره كما في التنبيه، وعلى هذا التفصيل تحمل الأحاديث المختلفة الظاهر كخبر: «إن أبا بكر تصدّق بجميع ماله» رواه الترمذي وصححه، وخبر: «خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى» أي غنى النفس وصبرها على الفقر. رواه أبو داود وصححه الحاكم، والوجه الثاني: يستحب مطلقاً، والثالث: لا يستحب مطلقاً. أما الصدقة ببعض ما فضل عما ذكر فمستحب مطلقاً إلا أن يكون قدراً يقارب الجميع، فينبغي جريان التفصيل السابق فيه. والمنّ بالصدقة حرام مبطل محبط للأجر، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُم بِالمَنِّ وَالأَذَى﴾ [البقرة: ٢٦٤] ولخبر مسلم: «ثَلاثٌ لا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ يَوْمَ القِيَامَةِ وَلا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ وَلا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ»، قال أبو ذر: خابوا وخسروا: من هم يا رسول الله؟ قال: الْمُسْبِلُ وَالمَنَّانُ وَالْمُنْفِقُ سِلْعَتَهُ بِالْحَلِفِ الْكَاذِبِ».

خاتمة: يكره للإنسان أن يسأل بوجه الله غير الجنة، وأن يمنع من سأل الله بالله وتشفع به لخبر: «لَا يُسْئَلُ بِوَجهِ اللَّهِ إِلَّا الْجَنَّة» وخبر: «مَنِ اسْتَعَاذَ بِاللَّهِ فَأَعِيذُوهُ، وَمَنْ سَأَلَ بِاللَّهَ فَأَعْطُوهُ، وَمَنْ دَعَاكُمْ فَأَجِيبُوهُ، وَمَنْ صَنَعَ لَكُمْ مَعْرُوفاً فَكَافِئُوهُ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَا تُكَافِئُونَهُ بِهِ فَادْعُوا لَهُ حَتَّى تَرَوْا أَنَّكُمْ قَدْ كَافَأْتُمُوهُ» رواه أبو داود، وتسنّ التسمية عند الدفع إلى المتصدّق عليه لأنها عبادة. قال العلماء: ولا يطمع المتصدّق في الدعاء من المتصدّق عليه لئلا ينقص أجر الصدقة، فإن دعا له استحب أن يردّ عليه مثلها لتسلم له صدقته، ويسنّ التصدّق عقب كل معصية، قاله الجرجاني، ومنه التصدّق بدينار أو نصفه في وطء الحائض، ويسنّ لمن لبس ثوباً جديداً أن يتصدّق بالقديم، ففي الحديث: «مَنْ لَبِسَ ثَوْباً جَدِيداً ثُمَّ عَمِدَ إِلَى ثَوْبِهِ الَّذِي كَانَ عَلَيْهِ فَتَصَدَّقَ بِهِ لَمْ يَزَلْ فِي حِفْظِ اللَّهِ حَيّاً وَمَيِّتاً» وليس هذا من التصدّق بالرديء، بل مما يحب، وهذا كما جرت به العادة من التصدّق بالفلوس دون الذهب والفضة، وهل قبول الزكاة للمحتاج أفضل من قبول صدقة التطوّع أولا؟ وجهان رجح الأوّل جماعة منهم ابن المقري؛ لأنه إعانة على واجب، ولأن الزكاة لا منة فيها، ورجح الثاني آخرون منهم الجنيد والخواص لئلا يضيق على الأصناف، ولئلا يخلّ بشرط من شروط الأخذ، ولم يرجح في الرّوضة واحداً منهما. ثم قال عقب ذلك، قال الغزالي: والصواب أنه يختلف بالأشخاص، فإن عرض له شبهة في استحقاقه لم يأخذ الزكاة وإن قطع به، فإن كان المتصدّق إن لم يأخذ هذا منه لا يتصدّق فليأخذها، فإن إخراج الزكاة لا بدّ منه، وإن كان لا بد من إخراجها ولم يضيق بالزكاة تخير، وأخذها أشد في كسر النفس اهـ أي فهو حينئذ أفضل، وهذا هو الظاهر وأخذ الصدقة في الملأ وتركه في الخلوة أفضل لما في ذلك من كسر النفس، ويسنّ للراغب في الخير أن لا يخلو يوماً من الأيام من الصدقة بشيء وإن قلّ لخبر البخاري: «مَا مِنْ يَوْمٍ يُصْبِحُ العِبَادُ فِيهِ إِلَّا

وَمَلَكَانِ يَقُولُ أَحَدُهُمَا: اللَّهُمَّ أَعْطِ مُنْفِقاً خَلَفاً، وَيَقُولُ الآخَرُ: اللَّهُمَّ أَعْطِ مُمْسِكاً تَلَفاً»[١] ولخبر الحاكم في صحيحه: «كُلُّ امْرِىءٍ في ظِلِّ صَدَقَتِهِ حَتَّى يُفْصَلَ بَيْنَ النَّاسِ، أَوْ قَالَ حَتَّى يُحْكَمَ بَيْنَ النَّاسِ»[٢].

(١) أخرجه البخاري ٣/٣٠٤ (١٤٤٢) ومسلم ٢/٧٠٠ (٥٧ ـ ١٠١٠).
(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك ١/٤١٦ وأحمد في المسند ٤/١٤٧ وأبو نعيم في الحلية ٨/١٨١ وابن خزيمة في صحيحه (٢٤٣١).

كِتَابُ النِّكَاحِ

كِتَابُ النِّكَاحِ

هو لغة: الضم والجمع، ومنه تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض. وشرعاً عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته[1]، والعرب تستعمله بمعنى العقد والوطء جميعاً. لكنهم إذا قالوا: نكح فلان فلانة أو بنت فلان أو أخته أرادوا تزوّجها وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح زوجته أو امرأته لم يريدوا إلا المجامعة. قال الثعلبي وقال ابن القطان: له ألف اسم، وقال علي بن جعفر اللغوي: له ألف وأربعون اسماً وكثرة الأسماء تدل على شرف المسمى، وسيأتي ما يدل لذلك، ولأصحابنا في موضوعه الشرعي ثلاثة أوجه: أصحها أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء كما جاء به في القرآن والأخبار، ولا يرد على ذلك قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] لأن المراد العقد، والوطء مستفاد من خبر الصحيحين: «حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ» والثاني: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وبه قال أبو حنيفة: وهو أقرب إلى اللغة، والأوّل أقرب إلى الشرع. قال الزمخشري: وهو من علماء

---

(١) النكاح لغة: الجماع والوطء. قاله الأزهري، وقيل للتزويج: نكاحٌ، لأنه سبب الوطء، ويقال: نكح المطر الأرض، ونكح النعاس عينه. وعن الزجاج: النكاح في كلام العرب بمعنى الوطء، والعقد جميعاً، وموضوع: ن ك ح في كلامهم: للزوم الشيء للشيء، راكباً عليه، قال ابن جني: سألت أبا علي الفارسي عن قولهم: نكحها، قال: فرقت العرب فرقاً لطيفاً تعرف به موضع العقد من الوطء. فإذا قالوا: نكح فلانة، أو بنت فلان، أرادوا: تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته، أو زوجته: لم يريدوا إلا المجامعة، لأن بذكر امرأته وزوجته يستغنى عن العقد، وقال الجوهري: النكاح: الوطء، وقد يكون: العقد. ونكحتها، ونكحت هي، أي: تزوجت.

انظر: الصحاح ١/٤١٣، لسان العرب ٢/٦٢٥، المصباح المنير ٢/٩٦٥، القاموس المحيط ١/٢٦٣، معجم مقاييس اللغة ٥/٤٧٥، المطلع ٣١٨.

اصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قصداً.

عرفه المالكية بأنه: عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية، وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راجٍ نسلاً.

عرفه الحنابلة بأنه: عقد التزويج فهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء على الصحيح.

انظر: تبيين الحقائق ٢/٩٤، بدائع الصنائع ٣/١٣٢٤، منح الجليل ٢/٣، الفواكه الدواني ٢/٢١، الكافي ٢/٥١٩، الإنصاف ٨/٤، المغني ٧/٣.

الحنفية: لم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد؛ لأن كونه بمعنى الوطء من باب التصريح، ومن أراد به الكناية عنه أتى بلفظ الملامسة أو المماسة. وأورد عليه قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ [النور: ٣] فالمراد به الوطء كما قاله في الكفاية في باب الرجعة. وقال الراغب: يستحيل أن يكون النكاح حقيقة في الجماع ويكنى به عن العقد؛ لأن الجماع يستقبح من ذكره كما يستقبح من فعله، والعقد لا يستقبح: أي فلا يكنى بالأقبح عن غيره، ولأنه يصح نفيه عن الوطء إذ يقال في الزنا سفاح لا نكاح، ويقال في السرية ليست مزوّجة ولا منكوحة، وصحة النفي دليل المجاز. والثالث: حقيقة فيهما بالاشتراك كالعين، وحمل على هذا النهي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] عن العقد وعن الوطء بملك اليمين معاً على استعمال المشترك في معنييه، وفائدة الخلاف بيننا وبين الحنفية تظهر فيمن زنى بامرأة، فإنها تحرم على والده وولده عندهم لا عندنا، قاله الماوردي والروياني، وفيما لو علق الطلاق على النكاح فإنه يحمل على العقد عندنا لا الوطء إلا إن نوى، حكاه الرافعي في آخر الطلاق عن البوشنجي، وعقد النكاح لازم من جهة الزوجة، وكذا من جهة الزوج على الأصح، وهل هو ملك أو إباحة؟ وجهان ويظهر أثر الخلاف فيمن حلف لا يملك شيئاً وهو متزوّج، وفيما لو وطئت الزوجة بشبهة إن قلنا ملك فالمهر له وإلا فلها، واختار المصنف عدم الحنث في الأولى إذا لم يكن له نية إذ لا يفهم منه الزوجية. وأما في الثانية فالمهر لها، فظهر أن الراجح هو الثاني، وهل كل من الزوجين معقود عليه أو المرأة فقط؟ وجهان أوجههما الثاني، والأصل في حله الكتاب والسنة وإجماع الأمّة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾ النور: ٣٢] ومن السنّة قوله ﷺ: «مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِي فَلْيَسْتَنَّ بِسُنَّتِي وَمِنْ سُنَّتِي النِّكَاحُ»[(١)] وقوله ﷺ: «تَنَاكَحُوا تَكْثُرُوا»[(٢)] رواهما الشافعي بلاغاً، وقوله ﷺ: «الدُّنْيَا مَتَاعٌ وَخَيْرُ مَتَاعِهَا الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ» رواه مسلم[(٣)]، وقوله ﷺ: «مَنْ رَزَقَهُ اللَّهُ امْرَأَةً صَالِحَةً فَقَدْ أَعَانَهُ عَلَى شَطْرِ دِينِهِ»[(٤)] أي لأن الفرج واللسان لما استويا في إفساد الدين جعل كلّ واحد شطراً. قال الأطباء: ومقاصد النكاح ثلاثة: حفظ النسل، وإخراج الماء الذي يضرّ احتباسه ونيل اللذة، وهذه الثالثة هي التي في الجنة إذ لا تناسل هناك ولا احتباس. قال البلقيني: والنكاح شرع من عهد آدم ﷺ واستمرت مشروعيته، بل هو مستمرّ في الجنة ولا نظير له فيما يتعبد به من العقود بعد الإيمان. قال: قلت: ذلك بفتح الكريم المنان اهـ وقد جرت عادة أصحابنا بتخصيص هذا الكتاب بذكر

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ٧/٧٨ وعبد الرزاق في المصنف (١٠٣٧٨) وذكره الهيثمي في المجمع ٤/٢٥٢.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٠٣٩١) وذكره ابن حجر في التلخيص ٣/١٠٥، والمتقي الهندي في الكنز (٤٤٤٤٢).

(٣) أخرجه مسلم ٢/١٠٩٠ (٦٤ - ١٤٦٧).

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك وانظر: مجمع الزوائد ٤/٢٧٢ والكنز (٤٤٤٢٠) والتلخيص ٣/١١٧، كشف الخفاء ٢/٣٣١.

الخصائص الشريفة أوّله لأنها في النكاح أكثر منها في غيره، وقد ذكرت منها أشياء كثيرة ينشرح الصدر بها في شرح التنبيه فلا أطيل بذكرها ههنا. ولكن أذكر منها طرفاً يسيراً تبركاً ببركة صاحبها عليه أفضل الصلاة والسلام، فإن ذكرها مستحب. قال في الرّوضة: ولا يبعد القول بوجوبها لئلا يرى الجاهل بعض الخصائص في الخبر الصحيح، فيعمل به أخذاً بأصل التأسي فوجب بيانها لتعرف، وهي أربعة أنواع: أحدها: الواجبات، وهي أشياء كثيرة. منها الضحى، والوتر، والأضحية، والسواك، والمشاورة. النوع الثاني: المحرمات، وهي أيضاً كثيرة. منها الزكاة، والصدقة، ومعرفة الخط، والشعر، وخائنة الأعين، وهي الإيماء بما يظهر خلافه دون الخديعة في الحرب، ونكاح الأمة ولو مسلمة. النوع الثالث: التخفيفات والمباحات، وهي كثيرة أيضاً. منها تزويج من شاء من النساء لمن شاء ولو لنفسه بغير إذن من المرأة ووليها متولياً الطرفين وزوّجه الله تعالى وأبيح له الوصال وصفيّ المغنم ويحكم ويشهد لولده ولنفسه، وأبيح له نكاح تسع. وقد تزوّج ﷺ بضع عشرة، ومات عن تسع. قال الأئمة: وكثرة الزوجات في حقه ﷺ للتوسعة في تبليغ الأحكام عنه الواقعة سرّاً مما لا يطلع عليه الرجال ونقل محاسنه الباطنة فإنه ﷺ تكمل له الظاهر والباطن. النوع الرابع: الفضائل والإكرام، وهي كثيرة جدّاً. منها تحريم منكوحاته على غيره، سواء أكنّ موطوآت أم لا، مطلقات أم لا، باختيارهنّ أم لا، وتحريم سراريه، وهنّ إماؤه الموطوآت بخلاف غير الموطوآت، وتفضيل زوجاته على سائر النساء على ما يأتي، وثوابهنّ وعقابهنّ مضاعف، وهنّ أمهات المؤمنين، فلا يقال لهنّ أمهات المؤمنات، بخلافه ﷺ فإنه أب للرجال والنساء. وأما قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠] فمعناه ليس أحد من رجالكم ولد صلبه، ويحرم سؤالهنّ إلا من وراء حجاب، وأفضلهنّ خديجة ثم عائشة، وأفضل نساء العالمين مريم بنت عمران إذ قيل بنبوّتها، ثمّ فاطمة بنت رسول الله ﷺ ثم خديجة، ثم عائشة، ثم آسية امرأة فرعون. وأما خبر الطبراني: «خَيْرُ نِسَاءِ العَالَمِينَ مَرْيَمُ بِنْتُ عِمْرَانَ، ثُمَّ خَدِيجَةُ بِنتُ خُوَيْلِد، ثُمَّ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ ﷺ ثُمَّ آسِيَةُ امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ» فأجاب عنه ابن العماد بأن خديجة إنما فضلت فاطمة باعتبار الأمومة لا باعتبار السيادة، وهو ﷺ خاتم النبيين، وأفضل الخلق على الإطلاق، وخصّ بأنه أوّل النبيين خلقاً وبتقدّم نبوّته، فكان نبياً وآدم منجدل في طينته وبتقدّم أخذ الميثاق عليه، وبأنه أوّل من قال: بلى وقت ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ﴾ [الأعراف: ١٧٢] وبخلق آدم وجميع المخلوقات لأجله وبكتابة اسمه الشريف على العرش والسموات والجنان وسائر ما في الملكوت، وبشقّ صدره الشريف في أحد القولين، وبجعل خاتم النبوّة بظهره بإزاء قلبه، وبحراسة السماء من استراق السمع والرمي بالشهب، وبإحياء أبويه حتى آمنا به، وأكرم ﷺ بالشفاعات الخمس يوم القيامة. أوّلها: العظمى في الفصل بين أهل الموقف حين يفزعون إليه بعد الأنبياء. الثانية: في إدخال خلق الجنة بغير حساب. الثالثة: في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها. الرّابعة: في ناس دخلوا النار فيخرجون. الخامسة: في رفع درجات ناس في الجنة، وكلها

هُوَ مُسْتَحَبٌّ لِمُحْتَاجٍ إِلَيْهِ يَجِدُ أُهْبَتَهُ،

ثبتت في الأخبار، وخصّ منها بالعظمى، ودخول خلق من أمته الجنة بغير حساب، وهي الثانية. قال في الروضة: ويجوز أن يكون خصّ بالثالثة والخامسة أيضاً، وهو أوّل من يقرع باب الجنة، وأوّل شافع، وأوّل مشفع ـ أي من يجاب شفاعته ـ فنسأل الله تعالى بمنه وكرمه أن يشفعه فينا، ويدخلنا معه الجنة، ويفعل ذلك بأهلينا ومشايخنا وإخواننا ومحبينا وسائر المسلمين. ولما كان النكاح من سنته ﷺ قال المصنف رحمه الله تعالى: (**هو مستحبّ لمحتاج إليه**) بأن تتوق نفسه إلى الوطء، ولوخصياً كما اقتضاه كلام الإحياء (**يجد أهبته**) وهي مؤنه من مهر وكسوة فصل التمكين، ونفقة يومه وإن كان متعبداً تحصيناً لدينه، ولما فيه من بقاء النسل وحفظ النسب وللاستعانة على المصالح، ولخبر الصحيحين: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ»(١) بالمد: أي قاطع والباءة بالمدّ لغة الجماع، والمراد به هنا ذلك، وقيل: مؤن النكاح، والقائل بالأوّل ردّه إلى معنى الثاني، إذ التقدير عنده من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤن النكاح فليتزوّج، ومن لم يستطع لعجزه عنها فعليه بالصوم، وإنما قدّره بذلك؛ لأن من لم يستطع الجماع لعدم شهوته لا يحتاج إلى الصوم لدفعها. وروى الإمام أحمد وابن أبي شيبة وابن عبد البرّ عن عكاف بن وداعة: «أنه أتى النبيّ ﷺ فقال له: أَلَكَ زَوْجَةٌ يَا عكاف. قال: لا، قال: وَلَا جَارِيَةٌ. قَالَ: لا. قَال: وَأَنْتَ صحيحٌ مُوسِرٌ. قال: نعم والحمد لله، فقال: فَأَنْتَ إِذا مِنْ إِخْوَانِ الشَّيَاطِينِ: إِنْ كُنْتَ مِنْ رُهْبَانِ النَّصَارى فَالْحَقْ بِهِمْ، وَإِنْ كُنْتَ مِنَّا فَاصْنَعْ كَمَا نَصْنَعُ، فَإِنَّ مِنْ سُنَّتِنَا النِّكَاحُ: شِرَارُكُمْ عُزَّابُكُمْ، وَإِنَّ أَرْذَلَ مَوْتَاكُمْ عُزَّابُكُمْ» وإنما لم يجب لقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] إذ الواجب لا يتعلق بالاستطابة، ولقوله تعالى: ﴿مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣] ولا يجب العدد بالإجماع، ولقوله: ﴿أَوْمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] وردّ السبكي الأوّل بأنه ليس المراد بالآية المستطاب، وإنما المراد الحلال؛ لأن في النساء محرمات، وهنّ في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية، وقيل: هو فرض كفاية على الأمة لا يسوغ لجماعتهم الإعراض عنه لبقاء النسل، وقيل: يجب إذا خاف الزنا. قال المصنف: وهذا الوجه لا يتجه بل يخير بينه وبين التسري، وردّ بأن قائله لحظ الكمال بالإحصان الذي يمتنع به من الوقوع في الزنا خوف الرجم، وهو مفقود في التسرّي، وقيل: يجب إذا نذره حيث كان مستحباً، وردّ بأن النذر إنما يصح فيما يستقل به المكلف، والنكاح لا يستقلّ به لتوقفه على رضا الوليّ إذا كانت مجبرة، وعلى رضا الوليّ والمرأة إذا كانت غير مجبرة وهو في حال النذر غير قادر على إنشاء النكاح، وبأن النكاح عقد، والعقود لا تثبت في الذمة، وما لا يثبت في الذمة لا يتصوّر التزامه بالنذر،

---

(١) أخرجه البخاري ١١٢/٩ (٥٠٦٦) ومسلم ١٠١٨/٢ (١٤٠٠/١).

فَإِنْ فَقَدَهَا اسْتُحِبَّ تَرْكُهُ، وَيَكْسِرُ شَهْوَتَهُ بِالصَّوْمِ ،

وقد ذكروا في كتاب النكاح أنه لا يتصوّر ثبوته في الذمة، وذلك فيما إذا قال: أعتقتك على أن تنكحيني فقبلت فإنه لا يلزمها أن تتزوّج به؛ لأن النكاح لا يثبت في الذمة، وقيل: يجب فيما إذا كان تحته امرأتان فظلم واحدة بترك القسم ثم طلقها قبل أن يوفيها حقها من نوبة الضرّة ليوفيها حقها من نوبة المظلومة بسببها، وردّ بأن هذه دعوى تحتاج إلى دليل، فإن هذا الطلاق أحد أنواع البدعي، وقالوا في الطلاق البدعي: إنه يستحب فيه الرجعة. ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو كان في دار الحرب فإنه لا يستحب له النكاح وإن اجتمعت فيه الشروط كما نصّ عليه الشافعي رضي الله تعالى عنه، وعلله بالخوف على ولده من الكفر والاسترقاق.

تنبيه: إطلاق المصنف لا يشمل المرأة بدليل قوله يجد أهبته، وصرّح في التنبيه بإلحاقها بالرجل في حال الحاجة وعدمها، فقال: فإن كانت تحتاج إلى النكاح أي وهي تتعبد كره لها أن تتزوّج أي لأنها تتقيد بالزوّج وتشتغل عن العبادة، وإن كانت محتاجة إليه أي لتوقانها إلى النكاح أو إلى النفقة أو خائفة من اقتحام الفجرة أو لم تكن متعبدة استحبّ لها أن تتزوّج أي لما في ذلك من تحصين الدين وصيانة الفرج والترفه بالنفقة وغيرها، وبذلك علم أن ما قيل أنه يستحب لها النكاح مطلقاً مردود، والضمائر في قول المصنف هو وإليه وأهبته إن أراد بها العقد أو الوطء أو بالية العقد لم يصح وإن أراد بهو وأهبته العقد وبالية الوطء صح، لكن فيه تعسف، والشارح فسر النكاح بالتزوّج الذي هو القبول؛ لأن التفاصيل المذكورة من كراهة وغيرها إنما هي فيه لا في العقد المركب الذي هو النكاح (**فإن فقدها**) بفتح القاف: أي عدم الأهبة (**استحبّ**) له (**تركه**) لقوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحاً حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٣] ولمفهوم قوله ﷺ: «مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ» والذي في الرَّوضة وأصلها، الأولى أن لا ينكح، وهي دون عبارة الكتاب في الطلب كما قال ابن النقيب ونظر فيه، وأشدّ منها في الطلب قوله في شرح مسلم بكراهة النكاح. وقال المصنف: لم يستحب كان أخصر وأظهر في المراد (**ويكسر**) إرشاداً (**شهوته بالصوم**) للخبر السابق. قالوا: والصوم يثير الحركة أولاً، فإذا دام سكنت، وإن لم تنكسر شهوته تزوّج. قال عمر رضي الله عنه: ما رأيت مثل من ترك النكاح بعد قوله تعالى: ﴿إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: ٣٢]. وروى الترمذي: «ثَلَاثٌ حَقٌّ عَلَى اللَّهِ أَنْ يُعِينَهُمْ: مِنْهم: النَّاكِحُ يُرِيدُ أَنْ يَسْتَعْفِفَ»(١). وفي مراسيل أبي داود: «أنه ﷺ قَالَ: مَنْ تَرَكَ التَّزَوَّجَ مَخَافَةَ العِيلَةِ فَلَيْسَ مِنَّا»(٢). وأجيب عن قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ﴾ [النور: ٣٣] بحملها على من لم يجد من يتزوّجه ولا يكسرها

(١) أخرجه الترمذي ٤/١٨٤ (١٦٥٥) وقال: حديث حسن والنسائي ٦/٦١ وابن ماجة ٢/٨٤١ (٢٥١٨) والحاكم في المستدرك ٢/١٦٠ وقال: صحيح على شرط مسلم وأقره الذهبي.

(٢) أخرجه الفتني في التذكرة (١٢٥) والشوكاني في فوائده (١٢٤).

فَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ كُرِهَ إِنْ فَقَدَ الأُهْبَةَ، وَإِلاَّ فَلاَ لٰكِنِ الْعِبَادَةُ أَفْضَلُ. قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ يَتَعَبَّدْ فَالنِّكَاحُ أَفْضَلُ فِي الأَصَحِّ، فَإِنْ وَجَدَ الأُهْبَةَ وَبِهِ عِلَّةٌ كَهَرَمٍ أَوْ مَرَضٍ دَائِمٍ أَوْ تَعْنِينٍ كُرِهَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ،

بكافور ونحوه لأنه نوع من الخصاء. وقال البغوي: يكره أن يحتال لقطع شهوته، ونقله في المطلب عن الأصحاب، وقيل: يحرم، وجزم به في الأنوار، والأولى حمل الأوّل على ما إذا لم يغلب على ظنه قطع الشهوة بالكلية بل تغيرها في الحال، ولو أراد إعادتها باستعمال ضدّ تلك الأدوية لأمكنه ذلك، والثاني على القطع لها مطلقاً (**فإن لم يحتج**) للنكاح بأن لم تتق نفسه له من أصل الخلقة أو لعارض كمرض أو عجز (**كره**) له (**إن فقد الأهبة**) لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة. وحكم الاحتياج للتزويج لغرض صحيح غير النكاح كخدمة وتأنس كالاحتياج للنكاح كما بحثه الأذرعي، وفي الإحياء ما يدلّ عليه.

تنبيه: محلّ الكراهة فيمن صح نكاحه مع عدم الحاجة. أما من لا يصح مع عدم الحاجة كالسفيه فإنه يحرم عليه النكاح حينئذ قاله البلقيني (**وإلا**) بأن وجد الأهبة مع عدم حاجته للنكاح ولا علة به (**فلا**) يكره له لقدرته عليه، ومقاصد النكاح لا تنحصر في الجماع (**لكن العبادة**) أي التخلي لها في هذه الحالة (**أفضل**) له من النكاح إذا كان يقطعه عنها اهتماماً بها، وفي معنى التخلي للعبادة التخلي للاشتغال بالعلم كما قاله الماوردي بل هو داخل فيها.

تنبيه: قضية كلامه أن النكاح ليس بعبادة بل هو مباح بدليل صحته من الكافر، ولو كان عبادة لما صح منه، وردّ بأنه إنما صح من الكافر وإن كان عبادة لما فيه من عمارة الدنيا كعمارة المساجد والجوامع والعتق، فإن هذه تصح من المسلم، وهي منه عبادة، ومن الكافر وليست منه عبادة، ويدل لكونه عبادة أمر النبي ﷺ، والعبادة تتلقى من الشرع، وفي فتاوى المصنف إن قصد به طاعة من ولد صالح أو إعفاف فهو من عمل الآخرة ويثاب عليه، وإلا فهو مباح اهـ وينزل الكلامان على هذا. واستثنى من ذلك نكاح النبيّ ﷺ فإنه عبادة مطلقاً، وفائدته نقل الشريعة التي لا يطلع عليها إلا النساء (**قلت**) كما قال الرافعي في الشرح (**فإن لم يتعبد**) فاقد الحاجة للنكاح واجد الأهبة الذي لا علة به (**فالنكاح**) له (**أفضل**) من تركه (**في الأصح**) كيلا تقضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش، والثاني: تركه أفضل منه للخطر في القيام بواجبه، وفي الصحيح: «اتَّقُوا اللَّهَ وَاتَّقُوا النِّسَاءَ، فَإِنَّ أَوَّلَ فِتْنَةِ بَنِي إِسْرَائِيل كَانَتْ مِنَ النِّسَاءِ»[1] (**فإن وجد الأهبة و**) لكن (**به علة كهرم**) وهو كبر السنّ (**أو مرض دائم أو تعنين**) دائم أو كان ممسوحاً (**كره**) له (**والله أعلم**) لعدم الحاجة إليه مع منع المرأة من التحصين، أما من يعنّ في وقت دون وقت فلا يكره له وإن أفهم عدم تقييد المصنف له خلافه، والتعنين مصدر عنّ: أي تعرّض، فكأنه يتعرّض للنكاح ولا يقدر عليه. ثم شرع في الصفات المطلوبة في المنكوحة، فقال:

---

(١) أخرجه مسلم ٤/٢٠٩٨ (٩٩ - ٢٧٤٢).

وَيُسْتَحَبُّ دَيِّنَةٌ بِكْرٌ نَسِيبَةٌ لَيْسَتْ قَرَابَةً قَرِيبَةً،

(ويستحب دينة) لخبر الصحيحين: «تُنْكَحُ المَرْأَةُ لأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا، وَلِجَمَالِهَا، وَلِحَسَبِهَا - أي وهو زيادة النسب - وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ»(١) أي استغنت إن فعلت أو افتقرت إن خالفت، والمراد بالدين الطاعات والأعمال الصالحات والعفة عن المحرمات **(بكر)** لحديث جابر: «هَلَّا أَخَذْتَ بِكْراً تُلَاعِبُها وَتُلَاعِبُكَ» متفق عليه(٢). وروى ابن ماجه: «عَلَيْكُمْ بِالأَبْكَارِ فَإِنَّهُنَّ أَعْذَبُ أَفْوَاهاً - أي ألين كلمة - وَأَنْتَقُ أَرْحَاماً - أي أكثر أولاداً - وَأَرْضَى بِاليَسِيرِ»(٣). وروى أبو نعيم عن شجاع بن الوليد قال: «كان فيمن كان قبلكم رجل حلف لا يتزوّج حتى يستشير مائة نفس، وأنه استشار تسعة وتسعين رجلاً واختلفوا عليه، فقال: بقي واحد، وهو أوّل من يطلع من هذا الفجّ فآخذ بقوله ولا أعدوه، فبينما هو كذلك إذ طلع عليه رجل راكب قصبة فأخبره بقصته، فقال له النساء ثلاثة: واحدة لك، وواحدة عليك، وواحدة لا لك ولا عليك، فالبكر لك، وذات الولد من غيرك عليك، والثيب لا لك ولا عليك، ثم قال: أطلق الجواد، فقال له: أخبرني بقصتك، فقال: أنا رجل من علماء بني إسرائيل مات قاضينا، فركبت هذه القصبة وتباهلت لأخلص من القضاء». قال في الإحياء: وكما يستحب نكاح البكر يسنّ أن لا يزوّج ابنته إلا من بكر لم يتزوّج قط؛ لأن النفوس جبلت على الإيناس بأوّل مألوف، ولهذا قال ﷺ في خديجة: «إِنَّهَا أَوَّلُ نِسَائِي» **(نسيبة)** أي طيبة الأصل، لما في خبر الصحيحين: «وَلِحَسَبِها». وأما خبر: «تَخَيَّرُوا لِنُطَفِكُمْ وَلَا تَضَعُوهَا إِلَّا فِي الأَكْفَاءِ»(٤) فقال أبو حاتم الرّازي: ليس له أصل. وقال ابن الصلاح: له أسانيد فيها مقال، ولكن صححه الحاكم **(ليست قرابة قريبة)** هذا من نفي الموصوف المقيد بصفة فيصدق بالأجنبية والقرابة البعيدة. وهي أولى منها، واستدلّ الرافعي لذلك تبعاً للوسيط بقوله ﷺ: «لَا تَنْكِحُوا القَرَابَةَ القَرِيبَةَ، فَإِنَّ الوَلَدَ يُخْلَقُ ضَاوِياً»(٥) أي نحيفاً، وذلك لضعف الشهوة غير أنه يجيء كريماً على طبع قومه. قال ابن الصلاح: ولم أجد لهذا الحديث أصلاً معتمداً. قال السبكي: فينبغي أن لا يثبت هذا الحكم لعدم الدليل. وقد زوّج النبي ﷺ علياً بفاطمة رضي الله تعالى عنهما، وهي قرابة قريبة اهـ، وما ذكر من أن غير القريبة أولى هو ما صرح به في زيادة الروضة، لكن ذكر صاحب البحر والبيان أن الشافعي نص على أنه يستحب له أن لا يتزوّج من عشيرته، وعلله الزنجاني بأن من مقاصد النكاح اتصال القبائل لأجل التعاضد والمعاونة واجتماع الكلمة اهـ والأولى حمل كلام

---

(١) أخرجه البخاري ١٣٢/٩ (٥٠٩٠) ومسلم ١٠٨٦/٢ (١٤٦٦/٥٣).
(٢) أخرجه البخاري ٢٤/٩ (٥٠٨٠) ومسلم ١٢٢٢/٣ (٢ - ١٠٨٧).
(٣) أخرجه ابن ماجة ٥٩٨/١ (١٨٦١) والبيهقي في السنن ٨١/٧.
(٤) بهذا اللفظ أخرجه الخطيب ١٦٤/١ وابن عدي في الكامل ٦١٤/٢ وبنحوه أخرجه ابن ماجة (١٩٦٨) والبيهقي في السنن ١٣٣/٧ وأبو نعيم في الحلية ٣٧٧/٣.
(٥) أخرجه الفتني في التذكرة (١٢٧) والشوكاني في الفوائد (١٣١).

وَإِذَا قَصَـدَ نِكَاحَهَا سُنَّ نَظَرُهُ إِلَيْهَا

الشافعي رضي الله تعالى عنه على عشيرته الأقربين، ولا يشكل ذلك بتزوج النبي ﷺ زينب مع أنها بنت عمته؛ لأنه تزوجها بياناً للجواز، ولا بتزوّج عليّ فاطمة رضي الله تعالى عنها لأنها بعيدة في الجملة، إذ هي بنت ابن عمه، وأيضاً بياناً للجواز.

تنبيه: لو أبدل المصنف ليست بقوله غير كان مناسباً للصفات المتقدمة، وبقي عليه من صفات المنكوحة أمور ذكرت منها كثيراً في شرح التنبيه، منها أن تكون ولوداً، لخبر: «تَزَوَّجُوا الوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ يَوْمَ القِيَامَةِ» رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده، ويعرف البكر ولوداً بأقاربها، وأن تكون جميلة لخبر الحاكم: «خَيْرُ النِّسَاءِ مَنْ تَسرُّ إِذَا نَظَرَتْ، وَتُطِيعُ إِذَا أَمِرَتْ، وَلَا تُخَالِفُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهَا». قال الماوردي: لكنهم كرهوا ذات الجمال البارع، فإنها تزهو بجمالها، وأن الإمام أحمد قال لبعض أصحابه: ولا تغال في المليحة فإنها قلّ أن تسلم لك، وأن تكون عاقلة. قال الاسنوي: ويتجه أن يراد بالعقل هنا العقل العرفي، وهو زيادة على مناط التكليف اهـ والمتجه كما قال شيخنا أن يراد أعمّ من ذلك، وأن لا يكون لها مطلق يرغب في نكاحها، وأن لا تكون شقراء، فقد أمر الشافعي الربيع أن يردّ الغلام الأشقر الذي اشتراه له وقال ما لقيت من أشقر خيراً قط، وقصته مع الأشقر الذي أضافه في عوده من اليمن مشهورة، وأن تكون ذات خلق حسن، وأن تكون خفيفة المهر؛ لما روى الحاكم عن عائشة رضي الله تعالى عنها: «أن النبيّ ﷺ قال: أَعْظَمُ النِّسَاءِ بَرَكَةً أَيْسَرُهُنَّ صَدَاقاً»(١). وقال عروة: أوّل شؤم المرأة أن يكثر صداقها، وهذه الصفات كلها قلّ أن يجدها الشخص في نساء الدنيا، وإنما توجد في نساء الجنان، فنسأل الله تعالى أن يحرمنا منهنّ، ويسنّ أن لا يزيد على امرأة واحدة من غير حاجة ظاهرة. قال ابن العماد: ويقاس بالزوجة في هذا السرية، ولكن منع القفال والجويني التسرّي في زماننا لعدم التخميس. نعم مسبي الكفار بعضهم من بعض يجوز للمسلم شراؤها ووطؤها إذ لا خمس على الكافر. قال الغزي: ولو اشترى جارية ثم اشترى من وكيل بيت المال ما يخصه من الخمس اتجه الحلّ. قال الأذرعي: ولو أعفته واحدة لكنها عقيم استحبّ له نكاح ولود، ويسنّ أن يتزوّج في شوّال، وأن يدخل فيه، وأن يعقد في المسجد، وأن يكون مع جمع، وأن يكون أوّل النهار لخبر: «اللَّهُمَّ بَارِكْ لِأُمَّتِي فِي بُكُورِهَا» **(وإذا قصد نكاحها)** ورجا رجاء ظاهراً أنه يجاب إلى خطبته كما قاله ابن عبد السلام **(سنّ نظره إليها)** لقوله ﷺ للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة: «اُنْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا المَوَدَّةُ وَالأُلْفَةُ»(٢) رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه، ومعنى يؤدم أي يدوم فقدّم الواو على

(١) أخرجه بلفظ (مؤنة) بدل (صداقاً) أحمد في المسند ٦/١٤٥ والحاكم في المستدرك ٢/١٧٨ وأبو نعيم في الحلية ٢/١٨٦ وابن أبي شيبة في المصنف ٤/١٨٩ وذكره المتقي الهندي في الكنز (٤٤٥٣٣) والهيثمي في المجمع ٤/٢٥٥.

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٤/٢٤٦ والدارمي ٢/١٣٤ والترمذي ٣/٣٩٧ (١٠٨٧) والنسائي ٦/٦٩ وابن حبان كذا في الموارد (١٢٣٦).

قَبْلَ الخِطْبَةِ وَإِنْ لَمْ تَأْذَنْ، وَلَهُ تَكْرِيرُ نَظَرِهِ وَلَا يَنْظُرُ غَيْرَ الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ، وَيَحْرُمُ نَظَرُ فَحْلٍ بَالِغٍ إِلَى عَوْرَةِ حُرَّةٍ كَبِيرَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ

الدال، وقيل: من الإدام مأخوذ من إدام الطعام لأنه يطيب به، حكى الماوردي الأوّل عن المحدثين والثاني عن أهل اللغة ووقته (**قبل الخطبة**) وبعد العزم على النكاح؛ لأنه قبل العزم لا حاجة إليه، وبعد الخطبة قد يفضي الحال إلى الترك فيشقّ عليها. ومراده بخطب في الخبر عزم على خطبتها لخبر أبي داود وغيره: «إِذَا أُلْقِيَ فِي قَلْبِ امْرِىءٍ خِطْبَةَ آمْرَأَةٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا» (**وإن لم تأذن**) هي ولا وليها اكتفاء بإذن الشارع، ولئلا تتزين فيفوت غرضه، ولكن الأولى أن يكون بإذنها خروجاً من خلاف الإمام مالك فإنه يقول بحرمته بغير إذنها، فإن لم تعجبه سكت، ولا يقول: لا أريدها؛ لأنه إيذاء (**وله تكرير نظره**) إن احتاج إليه ليتبين هيئتها فلا يندم بعد النكاح، إذ لا يحصل الغرض غالباً بأوّل نظرة. قال الزركشي: ولم يتعرّضوا لضبط التكرار، ويحتمل تقديره بثلاث لحصول المعرفة بها غالباً، وفي حديث عائشة رضي الله تعالى عنها: «أريتك في ثلاث ليال» اهـ والأولى أن يضبط بالحاجة، وسواء أكان بشهوة أم غيرها كما قاله الإمام والروياني وإن قال الأذرعي في نظره بالشهوة نظر (**ولا ينظر**) من الحرّة (**غير الوجه والكفين**) ظهراً وبطناً؛ لأنها مواضع ما يظهر من الزينة المشار إليها في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِيْنَتَهِنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] والحكمة في الاقتصار على ذلك أن في الوجه ما يستدلّ به على الجمال، وفي اليدين ما يستدل به على خصب البدن. أما الأمة ولو مبعضة فينظر منها ما عدا ما بين السرّة والركبة كما صرّح به ابن الرفعة وقال: إنه مفهوم كلامهم. قال الزركشي: وبه صرّح في البحر، وإن لم يتيسر نظره إليها بعض امرأة أو نحوها تتأملها وتصفها له؛ لأنه ﷺ بعث أمّ سليم إلى امرأة وقال: «آنْظُرِي عُرْقُوبَيْهَا وَشُمِّي عَوَارِضَهَا»، رواه الحاكم وصححه، ويؤخذ من الخبر أن للمبعوث أن يصف للباعث زائداً على ما ينظره فيستفيد بالبعث ما لا يستفيده بنظره، وتقييد البعث بعدم التيسر، ذكره القاضي وأطلقه غيره وهو أوجه، ويسنّ للمرأة أيضاً أن تنظر من الرجل غير عورته إذا أرادت تزويجه، فإنها يعجبها منه ما يعجبه منها وتستوصف كما مرّ في الرجل.

تنبيه: قد علم مما تقرّر أن كلاً من الزوجين ينظر من الآخر ما عدا عورة الصلاة، وخرج بالنظر المسّ فلا يجوز إذ لا حاجة إليه.

فائدة: أفتى بعض المتأخرين بأنه إذا تعذر نظر المخطوبة ولها أخ أو ابن أمرد يحرم نظره وكان يشبهها أنه يجوز نظر الخاطب إليه اهـ ويتعين أن يكون محل ذلك عند أمن الفتنة، وأن لا يكون بشهوة، ولا يقال: إن ذلك منزل منزلة النظر إليها؛ لأن المخطوبة محل التمتع في الجملة (**ويحرم نظر فحل بالغ**) عاقل مختار، ولو شيخاً وعاجزاً عن الوطء، ومخنثاً، وهو المتشبه بالنساء (**إلى عورة حرة كبيرة**) وهي من بلغت حدّاً تشتهى فيه، لا البالغة (**أجنبية**)

وَكَذَا وَجْهُهَا وَكَفَّيْهَا عِنْدَ خَوْفِ فِتْنَةٍ، وَكَذَا عِنْدَ الأَمْنِ عَلَى الصَّحِيحِ،

للناظر بلا خلاف لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] المراد بالعورة ما سبق في الصلاة، وهي ما عدا الوجه والكفين، وخرج بالفحل الممسوح وسيأتي، لكن يرد عليه المجبوب، وهو مقطوع الذكر فقط، والخصيّ وهو من بقي ذكره دون أنثييه، والخنثى المشكل، فإن حكمهم كالفحل، وبالبالغ الصبي، وسيأتي حكم المراهق، وبالحرّة الأمة وستأتي، وبالأجنبية المحرم وسيأتي، وكان ينبغي أن يزيد عاقلاً مختاراً كما قدّرته ليخرج المجنون والمكره **(وكذا وجهها وكفيها)** من كل يد، فيحرم نظر رءوس أصابع كفيها إلى المعصم ظهراً وبطناً **(عند خوف فتنة)** تدعو إلى الاختلاء بها لجماع أو مقدماته بالإجماع كما قال الإمام، ولو نظر إليهما بشهوة وهو قصد التلذذ بالنظر المجرد وأمن الفتنة حرم قطعاً **(وكذا)** يحرم النظر إليهما **(عند الأمن)** من الفتنة فيما يظهر له من نفسه من غير شهوة **(على الصحيح)** ووجهه الإمام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات الوجوه، وبأن النظر مظنة الفتنة ومحرّك للشهوة، وقد قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] واللائق بمحاسن الشريعة سدّ الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال كالخلوة بالأجنبية. والثاني: لا يحرم، ونسبه الإمام للجمهور، والشيخان للأكثرين، وقال في المهمات: إنه الصواب لكون الأكثرين عليه. وقال البلقيني: الترجيح بقوّة المدرك والفتوى على ما في المنهاج اهـ ولو عبر بالفاء كان أنسب، وما نقله الإمام من الاتفاق على منع النساء أي منع الولاة لهنّ معارض بما حكاه القاضي عياض عن العلماء أنه لا يجب على المرأة ستر وجهها في طريقها، وإنما ذلك سنة، وعلى الرجال غضّ البصر عنهنّ للآية، وحكاه المصنف عنه في شرح مسلم وأقرّه عليه. وقال بعض المتأخرين: إنه لا تعارض في ذلك، بل منعهنّ من ذلك، لا لأن الستر واجب عليهنّ في ذاته، بل لأن فيه مصلحة عامة، وفي تركه إخلال بالمروءة اهـ وظاهر كلام الشيخين أن الستر واجب لذاته فلا يتأتى هذا الجمع، وكلام القاض ضعيف، وحيث قيل بالجواز كره، وقيل: خلاف الأولى، وحيث قيل بالتحريم وهو الراجح هل يحرم النظر إلى المتنقبة التي لا يتبين منها غير عينيها ومحاجرها أو لا؟. قال الأذرعي: لم أرَ فيه نصاً، والظاهر أنه لا فرق لا سيما إذا كانت جميلة، فكم في المحاجر من خناجر اهـ وهو ظاهر.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن وجهها وكفيها غير عورة وإنما ألحقا بها في تحريم النظر، وبه صرّح الماوردي في كتاب الصلاة فقال: عورتها مع غير الزوج كبرى وصغرى، فالكبرى ما عدا الوجه والكفين، والصغرى ما بين السرّة والركبة، فيجب ستر الكبرى في الصلاة، وكذا عن الرجال الأجانب والخناثي والصغرى عن النساء وإن قربن، وكذا عن رجال المحارم والصبيان، وقال السبكي: إن الأقرب إلى صنع الأصحاب أن وجهها وكفيها عورة في النظر لا في الصلاة وإطلاقه الكبيرة يشمل العجوز التي لا تشتهى، وهو الأرجح في الشرح الصغير، وهو المعتمد؛ لأن لكل ساقطة لاقطة وقال الروياني: يجوز النظر إلى وجهها وكفيها لقوله

وَلَا يَنْظُرُ مِنْ مَحْرَمِهِ بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ، وَيَحِلُّ مَا سِوَاهُ، وَقِيلَ مَا يَبْدُو فِي الْمَهْنَةِ فَقَطْ، وَالْأَصَحُّ حِلُّ النَّظَرِ بِلَا شَهْوَةٍ إِلَى الْأَمَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ، وَإِلَى صَغِيرَةٍ إِلَّا الْفَرْجَ،

تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٦٠] واختاره الأذرعي. قال ابن شهبة: وقد استدلّ له بذهاب أنس مع النبيّ ﷺ إلى أمّ أيمن، وبعده انطلق إليها أبو بكر رضي الله عنه، وكان سفيان يدخل على رابعة اهـ، وهذا لا دليل فيه، إذ لا يلزم من ذلك النظر. وصوت المرأة ليس بعورة، ويجوز الإصغاء إليه عند أمن الفتنة، وندب تشويهه إذا قرع بابها فلا تجيب بصوت رخيم، بل تغلظ صوتها بظهر كفها على الفم **(ولا ينظر)** الفحل **(من محرمه)** الأنثى من نسب أو رضاع أو مصاهرة ما **(بين سرّة وركبة)** منها أي يحرم نظر ذلك إجماعاً **(ويحلّ)** بغير شهوة نظر **(ما سواه)** أي المذكور وهو ما عدا بين السرّة والركبة؛ لأن المحرمية معنى يوجب حرمة المناكحة فكانا كالرجلين والمرأتين، فيجوز النظر إلى السرّة والركبة؛ لأنهما ليسا بعورة بالنسبة لنظر المحرم، فهذه العبارة أولى من عبارة ابن المقري تبعاً لغيره بما فوق السرّة وتحت الركبة **(وقيل)**: إنما يحلّ نظر **(ما يبدو)** منها **(في المهنة فقط)** لأن غيره لا ضرورة إلى النظر إليه، والمراد بما يبدو في المهنة الوجه والرأس والعنق واليد إلى المرفق والرجل إلى الركبة. والمهنة بفتح الميم وكسرها: الخدمة وأنكر بعضهم كسرها.

تنبيه: قد علم من كلامه أن نظره إلى ما يبدو في حال المهنة جائز قطعاً، وإلى ما بين السرة والركبة حرام قطعاً، والخلاف فيما بين ذلك ولا فرق في المحرم بين الكافر وغيره نعم إن كان الكافر من قوم يعتقدون حلّ المحارم كالمجوس امتنع نظرها له ونظره إليها نبه عليه الزركشي **(والأصح حلّ النظر بلا شهوة)** وإن كان مكروهاً **(إلى الأمة)** وإن كانت أم ولد **(إلا ما بين سرة وركبة)** فلا يحل؛ لأن ذلك عورتها في الصلاة فأشبهت الرجل، والثاني: يحرم إلا ما يبدو في المهنة إذ لا حاجة إليه، والثالث: يحرم نظرها كلها كالحرة وسيأتي ترجيحه، وشمل إطلاقه بلا شهوة الحل وإن خاف الفتنة، وليس مراداً بل الوجه ما قاله الأذرعي أنه يحرم النظر قطعاً حينئذ، أما النظر بشهوة فحرام قطعاً لكل منظور إليه من محرم وغيره غير زوجته وأمته، قال الشارح: والتعرض له هنا في بعض المسائل ليس للاختصاص بل لحكمة تظهر بالتأمل اهـ ونقل عنه أنه قال: ما هو مظنة الشهوة غالباً قيد بالعدم وما لا فلا، وقيل: إنما قيد بذلك في الأمة؛ لأنها لنقصها عن الحرة قد يتساهل في النظر إليها فدفع ذلك بالتقييد المذكور **(و)** الأصح حلّ النظر **(إلى صغيرة)** لا تشتهى؛ لأنها ليست في مظنة الشهوة، والثاني: يحرم؛ لأنها من جنس الإناث. قال ابن الصلاح: حكاية الخلاف في وجه الصغيرة التي لا تشتهى يكاد أن يكون خرقاً للإجماع **(إلا الفرج)** فلا يحل نظره. قال الرافعي: كصاحب العدة اتفاقاً ورده في الروضة بأن القاضي جوزه جزماً فليس ذلك اتفاقاً بل فيه خلاف لا أنه ردّ الحكم كما فهمه ابن المقري فصرح بالجواز، وأما فرج الصغير فكفرج الصغيرة على المعتمد، وإن قال المتولي بجواز النظر إليه إلى التمييز وتبعه السبكي على ذلك واستثنى ابن القطان الأم زمن الرضاع

وَأَنَّ نَظَرَ الْعَبْدِ إِلَى سَيِّدَتِهِ وَنَظَرَ مَمْسُوحٍ كَالنَّظَرِ إِلَى مَحْرَمٍ ، وَأَنَّ الْمُرَاهِقَ كَالْبَالِغِ وَيَحِلُّ نَظَرُ رَجُلٍ إِلَى رَجُلٍ إِلاَّ مَا بَيْنَ سُرَّةٍ وَرُكْبَةٍ،

والتربية لمكان الضرورة وهو ظاهر، وينبغي أن تكون المرضعة غير الأم كالأم (و) الأصح (**أن نظر العبد**) الفحل العفيف كما قاله البغوي وغيره غير المبعض والمشترك والمكاتب (**إلى سيدته**) العفيفة كما قاله الواحدي وغيره (و) ان (**نظر ممسوح**) إلى أجنبية سواء أكان حراً أم لا، وهو ذاهب الذكر والأنثيين (**كالنظر إلى محرم**) فيحل نظرهما بلا شهوة نظر المحرم، أما الأولى فلقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور: ٣١]، ولقوله ﷺ لفاطمة رضي الله عنها وقد أتاها ومعه عبد قد وهبه لها وعليها ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجليها، وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها، فلما رآها النبي ﷺ وما تلقى قال: «إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْكِ بَأْسٌ إِنَّمَا هُوَ أَبُوكِ وَغُلَامُكِ»[1] رواه أبو داود، وأما في الثانية فلقوله تعالى: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ﴾ [النور: ٣١] أي الحاجة إلى النكاح، والثاني: يحرم نظرهما كغيرهما، والمراد بالإربة الإماء والمغفلون الذين لا يشتهون النساء فخرج بذلك الفاسق وإن كان فسقه بغير الزنا خلافاً لابن العماد. والمبعض. قال الماوردي: لا يختلف أصحابنا أنه مع سيدته كالأجنبي والمكاتب كما نقله في الروضة عن القاضي وأقره، ولا فرق بين أن يكون معه وفاء النجوم أولا خلافاً للقاضي في الشق الثاني، وقيل: إنه كالقن، ونقل عن نص الشافعي. وقال الزركشي: فتجب الفتوى به. فإن قيل يشكل على الأول جواز نظر السيد إلى مكاتبته. أجيب بأن المالكية أقوى من المملوكية، وينبغي كما قال الزركشي تقييد الجواز في الممسوح بأن يكون مسلماً في حق المسلمة، فإن كان كافراً منع على الأصح؛ لأن أقل أحواله أن يكون كالمرأة الكافرة (و) الأصح (**أن المراهق**) وهو بكسر الهاء من قارب الحلم حكمه في نظره للأجنبية (**كالبالغ**) فيلزم الولي منعه منه ويلزمها الاحتجاب منه كالمجنون في ذلك لظهوره على العورات، وقد قال تعالى: ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣٠] والثاني: له النظر كالمحرم، أما الدخول على النساء الأجانب بغير استئذان فإنه جائز إلا في دخوله عليهن في الأوقات الثلاثة التي يضعن فيها ثيابهن فلا بد من استئذانه في دخوله فيها عليهن لآية: ﴿لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٥٨] وأما غير المراهق فقال الإمام: إن لم يبلغ حداً يحكي ما يراه فكالعدم، أو بلغه من غير شهوة فكالمحرم أو بشهوة فكالبالغ.

تنبيه: نقل الماوردي الاتفاق على أنه لا يلزم العبد الاستئذان أي على سيدته إلا في الأوقات الثلاثة وسببه كثرة الحاجة إلى الدخول والخروج والمخالطة (**ويحل**) بلا شهوة عند أمن الفتنة (**نظر رجل إلى رجل**) اتفاقاً (**إلا ما بين سرّة وركبة**) فيحرم ولو من ابن وسيد؛ لأنه عورة، ولا فرق بين أن يكون في حمام أو غيره، ونقل القاضي حسين عن علي رضي الله تعالى

(١) أخرجه أبو داود ٤/ ٣٥٩ (٤١٠٦) والبيهقي في السنن ٧/ ٩٥.

وَيَحْـرُمُ نَـظَرُ أَمْـرَدَ بِشَهْـوَةٍ. قُلْتُ: وَكَـذَا بِغَيْـرِهَـا في الأَصَحِّ المَنْصُوصِ،

عنه أن الفخذ في الحمام ليس بعورة (**ويحرم نظر أمرد**) وهو الشاب الذي لم تنبت لحيتـه. ولا يقال لمن أسنّ ولا شعر بوجهه أمـرد، بل يقـال له: ثط بـالثاء المثلثـة (**بشهوة**) بـالإجماع، ولا يختصّ هذا بالأمرد كما مرّ، بل النـظر إلى الملتحي وإلى النساء المحـارم بشهوة حـرام قطعـاً، وإنما ذكره توطئة لما بعده، وضابط الشهوة فيه كما قاله في الإحياء أن كل من تأثر بجمال صورة الأمرد بحيث يظهر من نفسه الفرق بينه وبين الملتحي، فهذا لا يحلّ له النظر. وقـال السبكي: المراد بالشهـوة أن يكون النـظـر لقصد قضـاء وطر بمعنى أن الشخص يحب النـظر إلى الوجـه الجميل ويلتذ به. قال: فإذا نظر ليلتذ بذلك الجمال فهو النظر بشهـوة وهو حـرام، قال: وليس المـراد أن يشتهي زيادة على ذلـك من الوقـاع ومقدّمـاته، فـإن ذلك ليس بشـرط بـل زيـادة في الفسق. قال: وكثير من النـاس لا يقدمـون على فاحشـة ويقتصرون على مجـرّد النظر والمحبـة ويعتقدون أنهم سالمون من الإثم وليسوا بسالمين، ولو انتفت الشهـوة وخيف الفتنة حـرم النظر أيضـاً كما حكيـاه عن الأكثرين. قـال ابن الصـلاح: وليس المعنىّ بخـوف الفتنـة غلبـة الـظنّ بوقوعهـا، بل يكفي أن لا يكـون ذلك نـادراً (**قلت: وكذا بغيـرها**) وإن أمن الفتنـة (**في الأصح المنصوص**) لأنه مظنة الفتنة، فهو كالمرأة، إذ الكلام في الجميل الوجه النقيّ البدن كما قيد به المصنف في التبيان ورياض الصالحين وغيرهما، بل هو أعظم إثمـاً من الأجنبية؛ لأنـه لا يحلّ بحال. وقد ذكر عن أبي عبدالله الجلاء. قال: كنت أمشي مع أستاذي يوماً فرأيت حدثـاً جميلاً فقلت: يا أستاذي تـرى يعذب الله هـذه الصورة؟ فقـال: ونظرت؟ سترى غبه. قـال: فنسيت القرآن بعد ذلك بعشرين سنة، وسمي السلف الصالح المرد الأنتان؛ لأنهم مستقذرون شـرعاً. والثاني: لا يحرم وإلا لأمـر المرد بـالاحتجاب كـالنساء. وأجيب بـأنهم لم يؤمروا بـالاحتجاب للمشقة عليهم فيه، وفي ترك الأسباب اللازمة له، وعلى غيرهم غض البصر عند توقع الفتنة. قال السبكي: وهو ظاهر، وإنما الصعب إيجاب الغض مطلقاً كما يقوله المصنف ويرده أحوال الناس ومخالطتهم الصبيان من عصر الصحابة إلى الآن مع العلم بـأنهم لم يؤمروا بغض البصـر عنهم في كـل حـال كالنسـاء، بـل عنـد تـوقـع الفتنـة، ونـازع في المهمـات في العزو للنص وقال الصادر من الشافعي على ما بينه في الروضة: إنما هو إطلاق يصح حمله على حالة الشهوة اهـ. وقال الشيخ أبو حامد: لا أعرف هذا النص للشـافعي كما نبه عليه ابن الرفعة ولم يذكره البيهقي في معرفته ولا سننه ولا مبسوطه، وتبعه المحاملي على عدم معرفة النص. وقال البلقيني: ما صححه المصنف لم يصرّح به أحد وليس وجهاً ثانياً فإن الموجود في كتب الأصحاب أنه إن لم يخف فتنة لا يحرم قطعـاً، فإن خـاف فوجهـان، وما ذكره عن النص مطعون فيه، ولعله وقع للشافعي ذلـك عند حصـول شهوة أو خـوف فتنة. وأمـا عند عدم الشهوة وعدم خوف الفتنة فإنه لا يحرم النظر بلا خلاف، وهذا إجماع من المسلمين، ولا يجـوز أن ينسب إلى الشافعي مـا يخرق الإجمـاع اهـ وقال الشـارح: لم يصـرّح هـو أعني المصنف ولا غيره بحكايتها في المذهب اهـ فعلم من هذا كله أن ما قاله المصنف من اختياراته

وَالأَصَحُّ عِنْدَ المُحَقِّقِينَ أَنَّ الأَمَةَ كالحُرَّةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.وَالمَرْأَةُ مَعَ امْـرَأَةٍ كَرَجُلٍ وَرَجُـلٍ، وَالأَصَحُّ تَحْـرِيمُ نَظَرِ ذِمِّيَّـةٍ إِلَى مُسْلِمَةٍ،

لا أنه المذهب، ومحل الخلاف إذا لم يكن محرماً للناظر ولا مملوكاً له فإنه لا يحرم نظره إليهما عند الأمن وعدم الشهوة بلا خلاف، وحيث قيل بحرمة النظر إليه حرمت الخلوة به. قال في المجموع في صلاة الجماعة: هذا قياس المذهب فإنها أفحش وأقرب إلى المفسدة **(والأصح عند المحققين)** الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي والجرجاني والعمراني. قال في الروضة: وهو مقتضى إطلاق الأكثرين، وهو أرجح دليلاً **(أن الأمة)** في حرمة النظر إليها **(كالحرّة)** في حرمة نظرها مطلقاً **(والله أعلم)** لاشتراكهما في الأنوثة وخوف الفتنة، ففي الإماء التركيات ونحوهنّ من خوف الفتنة أشدّ من كثير من الحرائر. قال البلقيني في تصحيحه: وما ادّعاه المصنف أنه الأصح عند المحققين لا يعرف، وهو شاذ مخالف لإطلاق نص الشافعي في عورة الأمة ومخالف لما عليه جمهور أصحابه اهـ وهذا ما عليه عمل الناس، ولكن الأوّل أحوط لما مرّ، وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه من أنه رأى أمة متنقبة فقال: أتتشبهين بالحرائر يا لكاع فمحمول على الإماء المتبذلات البعيدات عن الشهوة، أو أنه رضي الله تعالى عنه قصد نفي الأذى عن الحرائر؛ لأن الإماء كنّ يقصدن للزنا. قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ﴾ [الأحزاب: ٥٩] وكانت الحرائر تعرف بالستر فخشي أنه إذا استترت الإماء حصل الأذى للحرائر، فأمر الإماء بالتكشف ويحترزن في الصيانة من أهل الفجور **(والمرأة)** البالغة حكمها **(مع المرأة)** مثلها في النظر **(كرجل)** أي كنظر رجل **(ورجل)** فيما سبق فيجوز مع الأمن ما عدا ما بين السرّة والركبة، ويحرم مع الشهوة وخوف الفتنة **(والأصح تحريم نظر)** كافرة **(ذمية)** أو غيرها **(إلى مسلمة)** فتحتجب المسلمة عنها لقوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] فلو جاز لها النظر لم يبق للتخصيص فائدة، وصحّ عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه منع الكتابيات دخول الحمام مع المسلمات، ولأنها ربما تحكيها للكافر. والثاني: لا يحرم نظراً إلى اتحاد الجنس كالرجال فإنهم لم يفرقوا فيهم بين نظر الكافر إلى المسلم والمسلم إلى المسلم. نعم على الأوّل يجوز أن ترى منها ما يبدو عند المهنة على الأشبه في الروضة كأصلها وهو المعتمد، وقيل: الوجه والكفين فقط، ورجح البلقيني أنها معها كالأجنبي، وصرّح به القاضي وغيره.

تنبيه: محل ذلك في كافرة غير محرم للمسلمة وغير مملوكة لها. أما هما فيجوز لهما النظر إليها كما أفتى به المصنف في المملوكة وبحثه الزركشي في المحرم وهو ظاهر، وظاهر إيراد المصنف يقتضي أن التحريم على الذمية وهو صحيح إن قلنا: إن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة وهو الأصح، وإذا كان حراماً على الكافرة حرم على المسلمة التمكين منه. وأما نظر المسلمة إليها فمقتضى كلامهم جوازه وهو المعتمد لفقد العلة المذكورة في الكافرة وإن توقف في ذلك الزركشي، وقول ابن عبد السلام: والفاسقة مع العفيفة كالكافرة مع المسلمة ردّه

وَجَـوَازُ نَظَرِ المَـرْأَةِ إِلَى بَدَنِ أَجْنَبِيّ سِوَى مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ إِنْ لَمْ تَخَفْ فِتْنَةً. قُلْتُ: الأَصَحُّ التَّحْرِيمُ كَهُوَ إِلَيْهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَنَـظَرُهَا إِلَى مَحْـرَمِهَا كَعَكْسِـهِ،

البلقيني والردّ ظاهر وإن جزم به الزركشي **(و)** الأصح **(جواز نظر المرأة)** البـالغة الأجنبيـة **(إلى بـدن)** رجل **(أجنبي سـوى ما بين سرّته وركبتـه إن لم تخف فتنـة)** ولا نـظرت بشهـوة لمـا في الصحيحين عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها نظرت إلى الحبشة وهم يلعبون في المسجـد، ولأن ما سوى ما بينهما ليس بعورة منه في الصـلاة **(قلت: الأصح التحـريم)** أي تحريم نـظرها تبعاً لجماعة من الأصحاب وقطع به في المهـذب وغيره **(كهـو)** أي كنظر الأجنبي **(إليهـا، والله أعلم)** لقوله تعالى: ﴿وَقُلْ لِلْمُـؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَـارِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] وقـد روي عن أم سلمة رضي الله تعالى عنها «قَالَتْ: كُنْتُ عِنْدَ مَيْمُونَةَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إِذْ أَقْبَلَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُوم فَقَال النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ احْتَجِبَا مِنْهُ، فَقُلْتُ يَـا رَسُولَ الله أَلَيْسَ هُـوَ أَعْمَى لَا يُبْصِرُ؟ فَقَالَ أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا أَلَسْتُمَا تُبْصِرَانِهِ؟»(١) رواه الترمذي وقال: حديث صحيح.

تنبيه: قضية كلامه أنه يحرم على المرأة أن تنظر إلى وجه الرجـل وكفيه عنـد الأمن على الأصح. قال الجلال البلقيني: وهذا لم يقل به أحد من الأصحاب، واتفقت الأوجه على جواز نـظرها إلى وجـه الرجـل وكفيه عنـد الأمن من الفتنة اهـ ويـدل له حـديث عائشـة المـارّ، لكن المصنف أجـاب عنه في شـرح مسلم بأنـه ليس فيه أنهـا نظرت إلى وجـوههم وأبـدانهم وإنمـا نـظرت للعبهم وحرابتهم، ولا يلزم منـه تعمد النـظر إلى البدن وإن وقـع بلا قصـد صـرفتـه في الحال. وأجاب عنه غيره بـأن ذلك لعله كـان قبل نـزول الحجاب، أو كـانت عائشـة رضي الله تعالى لم تبلغ مبلغ النساء إذ ذاك، وفي وجه ثالث أنهـا تنظر منهـا ما يبـدو في المهنة فقط إذ لا حاجة إلى غيره، وقوّاه بعضهم لعمـوم البلوى في نظرهنّ في الـطرقات إلى الـرجال، ويستثنى على ما صححه المصنف ما إذا قصدت نكاحه فلها النظر إليها قطعاً، بل ينـدب كما مـرّ، وقول المصنف كهو إليها قـد يقتضيه **(ونـظرها إلى محـرمها)** حكمـه **(كعكسه)** وهـو نظر الـرجل إلى محرمه فتنظر منه بلا شهوة ما عدا ما بين السرّة والركبة، وقيل: ما يبدو منه في المهنة فقط.

تنبيـه: عبارة الـروضة: لا يحـرم إلا مـا بين السـرّة والـركبـة على المـذهب، وبـه قـطع المحققون، وقيل: كنظره إليها، وهذا الذي ضعفه هو الذي جزم به هنا. وأما الخنثى المشكل فيعامل بالأشد فيجعل مع النساء رجلاً ومع الرجال امرأة إذا كان في سنّ يحرم فيه نظر الـواضح كما جزم به المصنف في باب الأحداث من المجموع، ولا يجوز أن يخلو به أجنبي ولا أجنبية، ولو كان مملوكاً لامرأة فهو معها كعبدها، وقيل: يستصحب فيه حكم الصغـر، ويؤيده تصحيـح المجمـوع أنه يغسله بعـد موتـه الرجـال والنساء. وأجـاب الأوّل بضعف الشهـوة بعد المـوت

---

(١) أخرجه أحمد في المسند ٦/٢٩٦ وأبو داود ٤/٣٦١ (٤١١٢) والترمـذي ٥/١٠٢ (٢٧٧٨) وقال: حـديث حسن صحيح وذكره المزي في تحفة الأشراف (١٨٢٢٢) وعزاه للنسائي في عشرة النساء.

وَمَتَى حَرُمَ النَّظَرُ حَرُمَ المَسُّ، وَمُبَاحَانِ لِفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ وَعِلَاجٍ.

بخلافها قبله. ثم شرع المصنف رحمه الله تعالى في ضابط ما يحرم منه فقال: **(ومتى حرم النظر حرم المسّ)** لأنه أبلغ منه في اللذة وإثارة الشهوة، بدليل أنه لو مسّ، فأنزل أفطر، ولو نظر فأنزل لم يفطر، فيحرم مسّ الأمرد كما يحرم نظره وأولى، ودلك الرجل فخذ الرجل بلا حائل ويجوز من فوق إزار إن لم يخف فتنة ولم تكن شهوة، وأورد على هذا الضابط صور طرداً وعكساً، فمن الأوّل ما أبين من أجنبية فإنه يحرم نظره لا مسه، ومنه حلقة دبر زوجته وأمته فيحرم نظره عند الدارمي لامسه، وهذا ضعيف، ومنه ما لو أمكن الطبيب معرفة العلة بالمسّ دون النظر فإنه يباح المسّ لا النظر، ومن الثاني المحرم فإنه يحرم مسّ بطن أمه وظهرها وغمز ساقها ورجلها كما في الرّوضة، لكنه مخالف لما في شرح مسلم للمصنف من الإجماع على جواز مسّ المحارم، وجمع بينهما بحمل الأوّل على مسّ الشهوة، والثاني على مسّ الحاجة والشفقة، وهو جمع حسن، لكن يبقى ما إذا لم تكن شهوة، ولا حاجة ولا شفقة. قال السبكي: وبينهما مراتب متفاوتة، فما قرب إلى الأوّل ظهر تحريمه، وما قرب إلى الثاني ظهر جوازه اهـ، والذي ينبغي عدم الحرمة عند عدم القصد، فقد قبل ﷺ فاطمة، وقبل الصدّيق الصدّيقة. فإن قيل: إن ذلك كان للشفقة. أجيب بأن الثابت إنما هو انتفاء الشهوة، وما عدا ذلك يصدق بما ذكرناه.

تنبيه: عبارة الشرح والرّوضة والمحرّر، وحيث حرم النظر حرم المسّ. قال السبكي: وهي أحسن من عبارة الكتاب؛ لأن حيث اسم مكان، والمقصود هنا أن المكان الذي يحرم نظره يحرم مسه، ومتى اسم زمان، فهو ليس مقصوداً هنا. قال ابن النقيب: وقد يقال: إن الزمان أيضاً مقصود، فإن الأجنبية يحرم نظرها. فإذا عقد عليها جاز، فإذا طلقها حرم، وكذلك الطفلة على العكس، وكذلك يستثنى زمان المداواة والمعاملة ونحوها (و) اعلم أن ما تقدّم من حرمة النظر والمسّ هو حيث لا حاجة إليهما. وأما عند الحاجة فالنظر والمسّ **(مباحان لفصد وحجامة وعلاج)** ولو في فرج للحاجة الملجئة إلى ذلك؛ لأن في التحريم حينئذ حرجاً، فللرجل مداواة المرأة وعكسه، وليكن ذلك بحضرة محرم أو زوج أو امرأة ثقة إن جوزّنا خلوة أجنبي بامرأتين، وهو الراجح كما سيأتي في العدد إن شاء الله تعالى. ويشترط عدم امرأة يمكنها تعاطي ذلك من امرأة وعكسه كما صححه في زيادة الروضة، وأن لا يكون ذمّياً مع وجود مسلم، وقياسه كما قال الأذرعي أن لا تكون كافرة أجنبية مع وجود مسلمة على الأصح، صرح به في الكفاية، ولو لم نجد لعلاج المرأة إلا كافرة ومسلماً، فالظاهر كما قال الأذرعي أن الكافرة تقدّم؛ لأن نظرها ومسها أخف من الرجل بل الأشبه عند الشيخين كما مرّ أنها تنظر منها ما يبدو عند المهنة بخلاف الرجل.

تنبيه: رتّب البلقيني ذلك، فقال: فإن كانت امرأة فيعتبر وجود امرأة مسلمة، فإن تعذرت فصبيّ مسلم غير مراهق، فإن تعذر فصبيّ غير مراهق كافر، فإن تعذر فامرأة كافرة، فإن تعذرت

قُلْتُ: وَيُبَاحُ النَّظَرُ لِمُعَامَلَةٍ وَشَهَادَةٍ، وَتَعْلِيمٍ وَنَحْوِهَا بِقَدْرِ الحَاجَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ،

فمحرمها المسلم، فإن تعذر فمحرمها الكافر، فإن تعذر فأجنبي مسلم، فإن تعذر فأجنبي كافر اهـ، والمتجه تأخير المرأة الكافرة عن المحرم بقسميه، وقيد في الكافي الطبيب بالأمين فلا يعدل إلى غيره مع وجوده كما قاله الزركشي، وشرط الماوردي أن يأمن الافتتان، ولا يكشف إلا قدر الحاجة كما قاله القفال في فتاويه، وفي معنى الفصد والحجامة نظر الخاتن إلى فرج من يختنه، ونظر القابلة إلى فرج التي تولدها، ويعتبر في النظر إلى الوجه والكفين مطلق الحاجة، وفي غيرهما ما عدا السوءتين تأكدها بأن يكون مما يبيح التيمم كشدّة الضنى كما نقلاه عن الإمام، وقضية هذا كما قال الزركشي أنه لو خاف شيئاً فاحشاً في عضو باطن امتنع النظر، وفيه نظر، وفي السوءتين مزيد تأكدها بأن لا يعدّ التكشف بسببها هتكاً للمروءة كما نقلاه عن الغزالي وأقراه (**قلت: ويباح النظر**) من الأجنبي للأمرد وغيره (**لمعاملة**) من بيع وغيره (**وشهادة**) تحملاً وأداء حتى يجوز النظر إلى الفرج للشهادة على الزنا والولادة، وإلى الثدي للشهادة على الرضاع، هذا إن قصد به الشهادة. فإن قال: تعمدت النظر لغير الشهادة فسق وردّت شهادته، وإن قال: حانت مني التفاتة بلا تعمد فرأيته قبل، وإذا نظر إليها وتحمل الشهادة عليها كلفت الكشف عن وجهها عند الأداء إن لم يعرفها في نقابها، فإن عرفها لم يفتقر إلى الكشف قاله الماوردي. قال الزركشي: وقضيته تحريم النظر حينئذ اهـ، وهو ظاهر، ويجوز النظر إلى عانة ولد الكافر لينظر هل أنبت أم لا؟ ويجوز للنسوة أن ينظرن إلى ذكر الرّجل إذا ادّعت المرأة عبالته وامتنعت من التمكين.

تنبيه: هذا كله إذا لم يخف فتنة، فإن خافها لم ينظر إلا إن تعين عليه فينظر ويضبط نفسه، وسيأتي إن شاء الله تعالى ذلك في كتابه الشهادات. وقوله: (**وتعليم**) مزيد على الرّوضة وأصلها بل على غالب كتب المذهب. قال السبكي: كشفت عن هذه المسألة كتب المذهب، وعدّ منها اثني عشر مصنفاً فلم أجدها، وإنما يظهر فيما يجب تعلمه وتعليمه كالفاتحة وما يتعين تعليمه من الصنائع المحتاج إليها بشرط التعذر من وراء حجاب. وأما غير ذلك فكلامهم يقتضي المنع، ومنهم المصنف حيث قال في الصداق: ولو أصدقها تعليم قرآن وطلق قبله فالأصح تعذر تعليمه اهـ وقال الشارح: وهو أي التعليم للأمرد خاصة لما سيأتي اهـ ويشير بذلك إلى مسألة الصداق، والمعتمد أنه يجوز النظر للتعليم للأمرد وغيره، واجباً كان أو مندوباً، وإنما منع من تعليم الزوجة المطلقة؛ لأن كلاً من الزوجين تعلقت آماله بالآخر، فصار لكل منهما طمعة في الآخر، فمنع عن ذلك (**ونحوها**) أي المذكورات، كجارية يريد الرجل شراءها أو عبد تريد المرأة شراءه، وكالحاكم يحلف المرأة أو يحكم عليها كما قال الجرجاني. قال الأذرعي: وقياسه جوازه عند الحكم لها اهـ وهو ظاهر، وإنما ينظر في جميع ما تقدّم (**بقدر الحاجة، والله أعلم**) لأن ما جاز للضرورة يقدّر بقدرها، فينظر في المعاملة إلى الوجه فقط كما جزم به

وَلِلزَّوْجِ النَّظَرُ إِلَى كُلِّ بَدَنِهَا.

الماوردي وغيره، وفيما إذا اشترى جارية أو اشترت عبداً ما عدا ما بين السرّة والركبة. قال الماوردي: ولا يزاد على النظرة الواحدة إلا أن يحتاج إلى ثانية للتحقق فيجوز. وقضية هذا أنه إذا عرفها بالنظر إلى بعض وجهها لم يكن له أن يستوعب جميع وجهها، وهو ما قاله الماوردي وغيره، وإن قال في البحر: إنه يستوعبه.

تنبيه: كل ما حرم نظره متصلاً حرم نظره منفصلاً: كشعر عانة ولو من رجل، وقلامة ظفر حرّة، ولو من يديها، وتجب مواراته على ما اقتضاه كلام القاضي لئلا ينظر إليه أحد، واستبعد الأذرعي الوجوب. قال: والإجماع الفعلي في الحمامات على طرح ما تناثر من امتشاط شعور النساء، وحلق عانات الرجال اهـ، وليس في كلام الشيخين ما يدلّ على الوجوب، فالأوجه ما قاله الأذرعي. وأما إذا أبين شعر من رأس أمة أو شيء من ظفرها فهو مبني على حلّ نظره قبل انفصاله، وقد تقدّم الخلاف في ذلك (**وللزوّج النظر إلى كل بدنها**) أي زوجته في حال حياتها كعكسه، ولو إلى الفرج ظاهراً وباطناً لأنه محل تمتعه، ولكن يكره لكل منهما نظر الفرج من الآخر، ومن نفسه بلا حاجة، وإلى باطنه أشدّ كراهة. قالت عائشة رضي الله تعالى عنها: ما رأيت منه ولا أري مني: أي الفرج. وأما خبر: «النَّظَرُ إلى الفَرْجِ يُورِثُ الطَّمَسِ»[1] أي العمي كما ورد كذلك، فرواه ابن حبان وغيره في الضعفاء، بل ذكره ابن الجوزي في الموضوعات وخالفه ابن الصلاح، وحسن إسناده. وقال: أخطأ من ذكره في الموضوعات، ومع ذلك هو محمول على الكراهة كما قاله الرّافعي، وخصّ الفارقي الخلاف بغير حالة الجماع، وجرى عليه الزركشي والدميري وهو ممنوع، فإن الحديث المذكور مصرّح بحالة الجماع. واختلفوا في قوله: يورث العمى، فقيل: في الناظر، وقيل: في الولد، وقيل: في القلب، وشمل كلامهم الدبر، وقول الإمام: والتلذذ بالدبر بلا إيلاج جائز صريح فيه، وهو المعتمد كما مرّت الإشارة إليه، وإن خالف في ذلك الدارمي وقال بحرمة النظر إليه. ويستثنى زوجته المعتدّة عن وطء الغير بشبهة فإنه يحرم عليه نظر ما بين السرة والركبة، ويحل ما سواه على الصحيح. قال السبكي: والخلاف الذي في النظر إلى الفرج لا يجري في مسه لانتفاء العلة، هذا هو الظاهر وإن لم يصرحوا به. وقال: سأل أبو يوسف أبا حنيفة عن مس الرجل فرج زوجته وعكسه، فقال: لا بأس به، وأرجو أن يعظم أجرهما. قال الزركشي: ولا يجوز للمرأة أن تنظر إلى عورة زوجها إذا منعها منه بخلاف العكس؛ لأنه يملك التمتع بها بخلاف العكس اهـ وهذا ظاهر وإن توقف فيه بعض المتأخرين. أما نظر كل منهما إلى الآخر بعد الموت فهو كالمحرم كما في المجموع وقد مرّت الإشارة إليه في كتاب الجنائز، والأمة كالزوجة

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص ٣/١٤٩ وعزاه لابن حبان في الضعفاء من طريق بقية عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال ابن أبي حاتم في العلل: سألت أبي عنه فقال: موضوع، وبقية مدلس وذكره ابن الجوزي في الموضوعات.

في النظر، فلكل منهما ومن سيدها أن ينظر إلى الآخر ولو إلى الفرج مع الكراهة لا المحرمة عليه بكتابة وتزويج وشركة وكفر كتوثن وردّة وعدّة من غيره ونسب ورضاع ومصاهرة ونحو ذلك فيحرم عليه نظره منها إلى ما بين سرة وركبة دون ما زاد. قال البلقيني: وما ذكره الشيخان في المشتركة ممنوع، والصواب فيها وفي المبعضة والمبعض بالنسبة إلى سيدته أنهم كالأجانب، ومع ذلك فالمعتمد ما ذكره الشيخان. أما المحرّمة بعارض قريب الزوال كحيض ورهن فلا يحرم نظره إليها.

تتمة: يحرم اضطجاع رجلين أو امرأتين في ثوب واحد إذا كانا عاريين، وإن كان كل منهما في جانب من الفراش لخبر مسلم: «لَا يُفْضِي الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ فِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ، وَلَا الْمَرْأَةُ إِلَى الْمَرْأَةِ فِي الثَّوْبِ الوَاحِدِ»(١). ويجب التفريق بين ابن عشر سنين وإخوته وأخواته في المضجع، واحتج له الرافعي بخبر: «مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعٍ وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي المَضَاجِعِ »(٢) ولا دلالة فيه كما قال السبكي وغيره على التفريق بينهم وبين آبائهم، ومحل الوجوب عند العري كما قاله شيخي، وهو واضح؛ لأن ذلك معتبر في الأجانب، فما بالك بالمحارم خصوصاً الآباء والأمّهات.

فائدة: أفاد السبكي عن أبي عبدالله بن الحاج، وكان رجلاً صالحاً عالماً أنه كان يذكر أنه يكره النوم في الثياب، وأن السنة العري عند النوم أي ويتغطى بثيابه أو بغيرها. وتسنّ مصافحة الرجلين والمرأتين لخبر: «مَا مِنْ مُسْلِمَيْنِ يَلْتَقِيَانِ يَتَصَافَحَانِ إِلَّا غُفِرَ لَهُمَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا»(٣) رواه أبو داود وغيره. نعم على ما تقدّم من حرمة نظر الأمرد الجميل تحرم مصافحته لما مرّ أن المسّ أبلغ من النظر. قال العبادي: وتكره مصافحة من به عاهة كجذام أو برص، وتكره المعانقة والتقبيل في الرأس، ولو كان المقبل أو المبقل صالحاً للنهي عن ذلك رواه الترمذي إلا لقادم من سفر أو تباعد لقاء عرفاً فسنّة للاتباع رواه الترمذي أيضاً، ويأتي في تقبيل الأمرد ما مرّ، ويسنّ تقبيل الطفل ولو ولد غيره شفقة للاتباع رواه البخاري وغيره، ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح لما مرّ في الجنائز. ويسنّ تقبيل يد الحيّ الصالح ونحوه من الأمور الدينية، كعلم وشرف وزهد، ويكره ذلك لغناه أو نحوه من الأمور الدنيوية، كشوكته ووجاهته، ويكره حني الظهر مطلقاً لكل أحد من الناس، وأما السجود له فحرام، وقد تقدّمت الإشارة إلى ذلك في باب تارك الصلاة. ويسنّ القيام لأهل الفضل من علم أو صلاح أو شرف أو نحو ذلك إكراماً لا رياءً وتفخيماً. قال في الرّوضة: وقد ثبت فيه أحاديث صحيحة.

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الحيض (٧٤) وأبو داود (٤٠١٨) والترمذي (٢٧٩٣) والبيهقي في السنن ٧/٩٨.

(٢) أخرجه أبو داود ١/٣٣٤ (٤٩٥) وأحمد في المسند ٣/٤٠٤ والترمذي ٢/٢٥٩ (٤٠٧) وقال: حسن صحيح والدارقطني ١/٢٣٠.

(٣) أخرجه أبو داود ٥/٣٨٨ (٥٢١٢) والترمذي ٥/٧٤ (٢٧٢٧) وقال: حديث حسن غريب وابن ماجة ٢/١٢٢٠ (٣٧٠٣).

فَصْلٌ

تَحِلُّ خِطْبَةُ خَلِيَّةٍ عَنْ نِكَاحٍ وَعِدَّةٍ، لاَ تَصْرِيحٌ لِمُعْتَدَّةٍ، وَلاَ تَعْرِيضٌ لِرَجْعِيَّةٍ، وَيَحِلُّ تَعْرِيضٌ فِي عِدَّةِ وَفَاةٍ وَكَذَا لِبَائِنٍ فِي الأَظْهَرِ،

فَصْلٌ

في الخطبة، وهي بكسر الخاء: التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة (**تحل خطبة خلية عن نكاح، و**) عن (**عدّة**) وكل مانع من موانع النكاح، وأن لا يسبقه غيره بالخطبة، ويجاب تعريضاً وتصريحاً كما تحرم خطبة منكوحة كذلك إجماعاً فيهما. ويستثنى من مفهوم كلامه المعتدّة عن وطء الشبهة فإن الأصح القطع بجواز خطبتها ممن له العدّة مع عدم خلوّها عن العدّة، ومن منطوقه المطلقة ثلاثاً، فلا يجوز لمطلقها أن يخطبها بعد انقضاء عدّتها حتى تنكح زوجاً غيره وتعتدّ منه، ولا بدّ أن يحلّ له نكاح المخطوبة، فلو كان تحته أربع حرم أن يخطب خامسة وأن يخطب قاله الماوردي. قال ابن النقيب: وقياسه تحريم خطبة من يحرم الجمع بينها وبين زوجته، وكذا ثانية السفيه، وثالثة العبد. وأما المحرم ففي زوائد الرّوضة من الحج: يستحبّ له ترك الخطبة.

تنبيه: تعبيره بالحلّ يفهم أنها غير مستحبة، وهو ما نقلاه عن الأصحاب. وقال الغزالي: هي مستحبة، وقيل: هي كالنكاح، إذ الوسائل كالمقاصد، وقد توهم عبارة المصنف جواز خطبة السرية وأمّ الولد المستفرشة وإن لم يعرض السيد عنهما، والأوجه ما قاله الزركشي أنهما في حكم المنكوحة، ولما فيه من إيذاء السيد. نعم إن وجب الاستبراء ولم يقصد السيد التسرّي جاز التعريض كالبائن إلا إن خيف فسادها على مالكها، و (**لا**) يحلّ (**تصريح لمعتدّة**) بائناً كانت أو رجعية بطلاق أو فسخ أو انفساخ أو موت أو معتدّة عن شبهة لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة:٢٣٥] الآية. وحكى ابن عطية الإجماع على ذلك، والتصريح ما يقطع بالرّغبة في النكاح كأريد أن أنكحك وإذا انقضت عدّتك نكحتك، وذلك لأنه إذا صرّح تحققت رغبته فيها فربما تكذب في انقضاء العدّة (**ولا**) يحلّ (**تعريض لرجعية**) لأنها زوجة أو في معنى الزوجة، ولأنها مجفوة بالطلاق فقد تكذب انتقاماً، والتعريض ما يحتمل الرغبة في النكاح وعدمها، كقوله: أنت جميلة، وربّ راغب فيك، ومن يجد مثلك، ولست بمرغوب عنك، والتعريض مأخوذ من عرض الشيء، وهو جانبه؛ لأنه يظهر بعض ما يريده، وفهم منه منع التصريح بطريق الأولى (**ويحل تعريض في عدة وفاة**) ولو حاملاً للآية السابقة، والمواعدة فيها سرّاً كالخطبة على الصحيح. وقال الشافعي: ولم يرد بالسرّ ضد الجهر، وإنما أراد الجماع، وكذا قال ابن عباس وأنشدوا: الطويل

أَلاَ زَعَمَتْ بَسَّاسَةُ الْيَوْمَ أَنَّنِي ... كَبِرْتُ وَأَنْ لاَ يَشْهَدَ السِّرَّ أَمْثَالِي

(**وكذا**) يحلّ تعريض (**لبائن**) بفسخ أو ردّة أو طلاق (**في الأظهر**) لعموم الآية، ولانقطاع

سلطنة الزّوج عنها، والثاني: المنع؛ لأن لصاحب العدة أن ينكحها فأشبهت الرجعية.

تنبيه: هذا كله في غير صاحب العدة الذي يحل له نكاحها فيها[1]. أما هو فيحل له

(١) المعتد سواء أكانت معتدة من موت أو من طلاق يحرم على غير المطلق لها أن يخطبها بصريح القول في زمن العدة كما تحرم المواعدة بالزواج بعد العدة في زمن العدة.

وأما المطلق لها فلا يخلو الحال من أن تكون المرأة مطلقاً ثلاثاً أو أقل من ذلك، فإن كانت مطلقة ثلاثاً، فلا يجوز له نكاحها إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره ويطلقها وتنقضي عدتها، فإن عقد عليها قبل ذلك فالنكاح باطل، كما لا يجوز له الخطبة إلا بعد الخروج من عدة الزوج الثاني، وإن كانت المرأة مطلقة بما دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة؛ لأن العدة حقه.

وكما يحرم خطبة المعتدة كذلك يحرم خطبة المستبرأة من زنا أو غصب بصريح اللفظ وكذلك المواعدة من الجانبين تحرم.

هذا كله في الخطبة والمواعدة، وأما التعريض والكناية فقد أباحهما الشارع في العدة قال الله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم﴾ الآية. ومما يدل على إباحة التعريض في العدة أيضاً ما روي أن النبي ﷺ دخل على أم سلمة وهو متأيمة من أبي سلمة فقال: «لقد علمت أني رسول الله وخيرته وموضعي في قومي».

فإذا عقد الرجل على المعتدة في زمن عدتها فقد اتفق الفقهاء على القول بفساد النكاح لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ فقد تضمنت الآية الكريمة المنع من النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله، والمراد ببلوغ الكتاب أجله انقضاء عدتها، وقد اختلف الفقهاء بعد اتفاقهم على فساد النكاح في العدة هل إذا عقد عليها في العدة تحرم عليه حرمة مؤبدة أولا.

وحاصل ذلك أن من عقد في العدة إما أن يدخل بها قبل الفسخ أو لا فإن دخل بها قبل الفسخ.

فقد ذهب المالكية والأوزاعي والليث وابن سعد إلى القول بأنه يتأبد عليه تحريمها فلا تحل له أبداً.

وذهب الحنفية والشافعية والثوري إلى القول بأنه يفرق بينهما، وإذا انقضت عدتها فله أن يتزوجها ولا يتأبد عليه تحريمها بذلك.

استدل المالكية ومن معهم بما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرق بين طلحة الأسدية وزوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثانٍ، قال: «أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً» قال سعيد: ولها مهرها بما استحل منها:

ووجه الدلالة من هذا الأثر أن عمر بن الخطاب حكم بأنهما لا يجتمعان أبداً إذا دخل بها، وقد كانت قضاياه وأحكامه تنقل وتنشر في الأمصار، ولم يعلم له مخالف فثبت وقد نوقش هذا الدليل بأن عمر رضي الله عنه يحتمل أن يكون حكم بالفرق بينهما زجراً لهما ومعاملة لهما بنقيض مقصودهما، وذلك أخذاً بالمصالح المرسلة.

والقول بأن ذلك صار إجماعاً لا يستقيم مع مخالفة علي وعبدالله بن مسعود له، على أنه قد جاء في بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر في بيت المال، فلما بلغ ذلك علياً رضي الله عنه أنكره فرجع عن ذلك عمر، وجعل الصداق على الزوج، ولم يقض بتحريمها عليه. رواه الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق.

وأما الحنفية ومن معهم فقد استدلوا بالأثر والمعقول.

=

وَتَحْرُمُ خِطْبَةٌ عَلَى خِطْبَةِ مَنْ صُرِّحَ بِإِجَابَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ،

التعريض والتصريح. وأما من لا يحل له نكاحه فيها كما لو طلقها بائناً أو رجْعياً فوطئها أجنبي بشبهة في العدة فحملت منه فإن عدة الحمل تقدم فلا يحل لصاحب عدة الشبهة أن يخطبها؛ لأنه لا يجوز له العقد عليها حينئذ كما سيأتي إيضاح ذلك في العدد إن شاء الله تعالى، وحكم جواب المرأة في الصور المذكورة تصريحاً وتعريضاً حكم الخطبة فيما تقدم، وهل خطبة من يمتنع نكاحها في الحال كالثيب الصغيرة العاقلة والبكر فاقدة المجبر جائزة أو لا؟ بحث الزركشي الأوّل وبحث غيره المنع من التصريح، والأوجه أن يقال: إن هذه الخطبة غير معتد بها لعدم المجيب، ويكره التعريض بالجماع لمخطوبته لقبحه، وقد يحرم بأن يتضمن التصريح بذكر الجماع، كقوله: أنا قادر على جماعك، أو لعلّ الله يرزقك من يجامعك، ولا يكره التصريح به لزوجته وأمته لأنهما محل تمتعه (**وتحرم خطبة على خطبة من صرح بإجابته**) ولو بنائبه (**إلا بإذنه**) مع ظهور الرضا بالترك لا لرغبة حياء ونحوه، لخبر: «لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الخَاطِبُ»[1] رواه الشيخان، واللفظ للبخاري، والمعنى فيه ما فيه من الإيذاء والتقاطع، سواء أكان الأوّل مسلماً أم لا، محرماً أو لا، وذكر الأخ في الخبر جرى على الغالب، ولأنه أسرع امتثالاً. نعم يشترط في الكافر أن يكون محترماً، وإعراض المجيب كإعراض الخاطب، وكذا لو طال الزمان بعد إجابته بحيث يعدّ معرضاً كما نقله الإمام عن الأصحاب، أو نكح من يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة، وسكوت

= أما الأثر فما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: إذا انقضت عدتها تزوجت الآخر إن شاء، وقد روي مثله عن ابن مسعود، وهو صريح في عدم التأبيد.

وأما المعقول فقد قالوا: إن هذا الوطء ممنوع فلا يتأبد به التحريم كما لو زوجت متعة أو زنت.

وبالنظر في الأدلة يتبين لنا أن الراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن معهم، خصوصاً أنهم تمسكوا بالبراءة الأصلية، فإن الأصل أن المرأة لا تحرم إلا إذا قام دليل من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا دليل هنا من كتاب أو سنة أو إجماع ينص على تحريمها، وفعل عمر على فرض عدم صحة الرواية عنه بالرجوع لا يصح الأخذ به وترك الأصل.

هذا كله فيما إذا حصل دخول أما إذا لم يحصل دخول.

فالجمهور قالوا: إن مجرد العقد لا يتأبد به التحريم، وإن الزوج بعد العدة يكون خاطباً من الخطاب، وقال به مالك وابن القاسم في المدونة، وهناك رواية أخرى عن مالك بأن التحريم يتأبد بمجرد العقد في العدة. رواها عنه القاضي أبو محمد، ووجه هذه الرواية أن هذا النكاح وقع في العدة فوجب أن يتأبد به التحريم كما لو بنى بها.

ولكن يرد هذا القياس بأنه مخالف للأصل، وأيضاً فإنه إذا عقد ولم يدخل، فإنه لم يدخل شبهة في النسب فلا يتأبد عليه التحريم، فيكون كما لو وعد ولم يعقد، وأيضاً فإن مجرد العقد الفاسد لا يتعلق به التحريم المؤبد حتى يقارنه الوطء.

(١) أخرجه البخاري ٣٥٢/٤ (٢١٣٩) ومسلم ١٠٣٢/٢ (٥٠ - ١٤١٢).

فَإِنْ لَمْ يُجِبْ وَلَمْ يَرُدَّ، لَمْ تَحْرُمْ فِي الأَظْهَرِ، وَمَنِ اسْتُشِيرَ فِي خَاطِبٍ ذَكَرَ

البكر غير المجبرة ملحق بالصريح كما نصّ عليه في الأمّ، والمعتبر في التحريم أن تكون الإجابة من المرأة إن كانت معتبرة الإذن، ومن وليها إن كانت غير معتبرته، ومنها مع الوليّ إن كان الخاطب غير كفء، ومن السلطان إن كانت مجنونة بالغة فاقدة الأب والجد، ومن السيد إن كانت أمة غير مكاتبة كتابة صحيحة، ومن السيد مع المكاتبة المذكورة، ومن المبعضة مع سيدها إن كانت غير مجبرة، ومن السيد مع وليها إن كانت مجبرة، وشرط التحريم عليه أن يكون عالماً بالخطبة والإجابة وحرمة الخطبة على خطبة ممن ذكر، وأن تكون الخطبة الأولى جائزة، فلو ردّ الخاطب الأوّل أو أجيب بالتعريض كلا رغبة عنك أو بالتصريح ولو لم يعلم الثاني بها أو بالحرمة أو علم بها ولم يعلم كونها بالصريح أو علم كونها به وحصل إعراض ممن ذكر، أو كانت الخطبة الأولى محرمة كأن خطب في عدة غيره لم تحرم خطبته، ولو خطب رجل خمساً ولو بالترتيب وصرح له بالإجابة حرمت خطبة كل منهنّ حتى يعقد على أربع منهنّ أو يتركهنّ أو بعضهنّ؛ لأنه قد يرغب في الخامسة. قال الاسنوي: ولو أذنت لوليها أن يزوّجها بمن شاء صح، وحلّ لكل أحد خطبتها على خطبة غيره نصّ عليه كما حكاه في البحر. قال شيخي: وهو الذي قاله الاسنوي بحسب ما فهمه، والذي في البحر أنه يحلّ لكل أحد أن يخطبها قبل أن يخطبها أحد اهـ، وعلى هذا لا خصوصية لهذه (**فإن لم يجب ولم يردّ**) بأن سكت عن التصريح للخاطب بإجابة أو ردّ والساكت غير بكر يكفي سكوتها أو ذكر ما يشعر بالرّضا، نحو: لا رغبة عنك (**لم تحرم في الأظهر**) لأن فاطمة بنت قيس قالت للنبي ﷺ إن معاوية وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله ﷺ: «أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ العَصَا عَنْ عَاتِقِهِ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوقٌ لَا مَالَ لَهُ، انْكِحِي أُسَامَةَ بنَ زَيْدٍ»(١) وجه الدلالة أن أبا جهم ومعاوية خطباها، وخطبها النبي ﷺ لأسامة بعد خطبتهما؛ لأنها لم تكن أجابت واحداً منهما، والثاني تحرم لإطلاق الخبر، وقطع بالأول في السكوت لأنها لا تبطل شيئاً.

تنبيه: قد نصوا على استحباب خطبة أهل الفضل من الرجال، فإذا وقع ذلك وأجاب الأوّل الرجل وكانت المجابة يكمل بها العدد الشرعي، أو كان لا يريد أن يتزوّج إلا واحدة امتنع أن تخطبه امرأة بعد ذلك، ولا يخفى ما يصح إثباته هنا من تلك الأحكام، فإن انتفى ما مرّ جاز إذ جمعه بين أربع لا مانع منه (**ومن استشير في خاطب**) أو مخطوبة أو غيرهما ممن أراد الاجتماع عليه لنحو معاملة أو مجاورة كالرواية عنه أو القراءة عليه (**ذكر**) المستشار جوازاً كما في الروضة وأصلها، ووجوباً كما صرّح به المصنف في شرح مسلم والأذكار والرياض بالنسبة للمستشار، بل أوجبوا في البيع على الأجنبي إذا علم بالمبيع عيباً أن يخبر به المشتري وغيره، ومثله البقية، وهذا هو المعتمد، ولا ينافي ذلك التعبير بالجواز؛ لأنه لا ينافي الوجوب ومفعول

---

(١) أخرجه مسلم ٢/ ١١١٤ (٣٦ ـ ١٤٨٠).

مَسَاوِيَهُ بِصِدْقٍ، وَيُسْتَحَبُّ تَقْدِيمُ خُطْبَةٍ قَبْلَ الخِطْبَةِ

ذكر قوله (مساويه) وهي بفتح الميم عيوبه (بصدق) ليحذر، بذلاً للنصيحة لا للإيذاء لحديث فاطمة بنت قيس المارّ.

تنبيه: قضية كلامه أنه لا يذكرها إلا بعد الاستشارة، وقضية كلام ابن الصلاح أنه يجب ذكرها ابتداء من غير استشارة، وهو قياس المذكور في البيع. قال الأذرعي: وما يتوهم من الفرق بين البابين خيال، بل النصيحة هنا آكد وأحبّ اهـ وفيه تلميح بالردّ على من فرق بأن الأعراض أشدّ حرمة من الأموال، ومحل ذكر المساوىء عند الاحتياج إليه، فإن اندفع بدونه بأن لم يحتج إلى ذكرها كقوله: لا تصلح لك مصاهرته ونحوه كلا تصلح لك معاملته وجب الاقتصار عليه ولم يجز ذكر عيوبه، قاله في الأذكار تبعاً للإحياء وهو المعتمد وإن نظر فيه الأذرعي، وقياسه أنه إذا اندفع بذكر بعضها حرم عليها ذكر شيء من البعض الآخر كما قاله ابن النقيب وإن اقتضى كلام المصنف خلافه. قال في زيادة الروضة: والغيبة تباح لستة أسباب، وذكرها وجمعها غيره في هذا البيت حيث قال: [الكامل]:

لَقَبٌ وَمُسْتَفْتٍ وَفِسْقٌ ظَاهِرٌ وَالظُّلْمُ تَحْذِيرٌ مُزِيلُ المُنْكَرِ

أي فيجوز أن يذكره بذلك فقط إلا أن يوجد لجواز ذكر غيره سبب آخر. قال الغزالي في الإحياء: إلا أن يكون المظاهر بالمعصية عالماً يقتدى به فتمتنع غيبته؛ لأن الناس إذا اطلعوا على زلته تساهلوا في ارتكاب الذنب، وغيبة الكافر محرّمة إن كان ذمياً؛ لأن فيها تنفيراً لهم عن قبول الجزية، وتركاً لوفاء الذمة، ولقوله ﷺ: «مَنْ سَمَّعَ ذِمِّيّاً وَجَبَتْ لَهُ النَّارُ» رواه ابن حبان في صحيحه، ومباحة إن كان حربياً؛ لأنه ﷺ كان يأمر حسان أن يهجو المشركين. والحاصل أن الغيبة، وهي ذكر الإنسان بما فيه مما يكره، ولو في ماله أو ولده أو زوجته أو نحو ذلك محرمة سواء أذكره بلفظ، أم كتابة، أم إشارة بيد، أو رأس، أو جفن أو نحو ذلك محرّمة، لكنها تباح للأسباب المذكورة، بل قد تجب بذلاً للنصيحة كما مرّ. قال البازري: ولو استشير في أمر نفسه في النكاح فإن كان فيه ما يثبت الخيار وجب ذكره للزوجة، إن كان فيه ما يقلل الرغبة عنه ولا يثبت الخيار كسوء الخلق والشح استحبّ، وإن كان فيه شيء من المعاصي وجب عليه التوبة في الحال وستر نفسه اهـ، ووجوب هذا التفصيل بعيد، والأوجه كما قال شيخنا أن يكفيه قوله أنا لا أصلح لكم، وسميت عيوب الإنسان مساوي؛ لأنه يسؤوه ذكرها، والمصنف سهل همزة مساوي بإبدالها ياء، وفيه تلميح بالردّ على من قال: إن ترك الهمزة لحن، ومساوي بوزن مفاعل جمع مفعل كمساكن جمع مسكن (ويستحب) للخاطب أو نائبه (تقديم خطبة) بضم الخاء، وهي الكلام المفتتح بحمد الله والصلاة على رسول الله ﷺ المختتم بالوصية والدعاء لخبر: «كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بِحَمْدِ اللَّهِ فَهُوَ أَبْتَرُ» فيحمد الله الخاطب أو نائبه ويصلي على النبيّ ﷺ ويوصي بتقوى الله (قبل الخطبة) بكسر الخاء، وهي التماس التزويج كما مرّ،

وَقَبْلَ الْعَقْـدِ، وَلَوْ خَطَبَ الْوَلِيُّ فَقَالَ الزَّوْجُ: الحَمْدُ لِلَّهِ وَالصَّلاَةُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَبِلْتُ صَحَّ النِّكَـاحُ عَلَى الصَّحِيـحِ، بَـلْ يُسْتَحَبُّ ذٰلِـكَ. قُلْتُ: الصَّحِيـحُ

فيقول عقب الخطبة: جئت خاطباً كريمتكم فلانة، ويخطب الوليّ كذلك، ثم يقول: لست بمرغوب عنك أو نحو ذلك.

تنبيه: قال الجلال البلقيني: ومحل استحباب تقديم الخطبة في الخطبة الجائز فيها التصريح. أما الخطبة التي لا يجوز فيها إلا التعريض، فلا يستحب فيها الخُطبة قبل الخطبة اهـ وهو كما قال ابن شهبة ظاهر (و) يستحب تقديم خُطبة أخرى (قبل العقد) وهي آكد من الأولى، وتبرّك الأئمة رضي الله تعالى عنهم بما روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه موقوفاً ومرفوعاً قال: «إِذَا أَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يَخْطُبَ لِحَاجَةٍ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ فَلْيَقُلْ إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَسَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلاَ مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يُضْلِلْ فَلاَ هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَحْدَهُ لاَ شَرِيكَ لَهُ وَأَنَّ مُحَمَّداً عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمَ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿رَقِيباً﴾ ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً﴾ إلى قوله: ﴿عَظِيماً﴾» وتسمى هذه الخطبة خطبة الحاجة، وكان القفال يقول بعدها: أما بعد فإن الأمور كلها بيد الله يقضي فيها ما يشاء ويحكم ما يريد، لا مؤخر لما قدّم، ولا مقدّم لما أخّر، ولا يجتمع اثنان ولا يفترقان إلا بقضاء وقدر وكتاب قد سبق، فإن مما قضى الله وقدّر أن يخطب فلان بن فلان فلانة بنت فلان على صداق كذا، أقول قولي هذا وأستغفر الله لي ولكم أجمعين[1] (ولو خطب الوليّ) وأوجب كأن قال: الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ زوّجتك إلخ (فقال الزوج) قبل القبول (الحمد لله والصلاة على رسول الله ﷺ قبلت) نكاحها إلخ (صحّ النكاح) مع تخلل الخطبة بين لفظيهما (على الصحيح) لأن المتخلل من مصالح العقد فلا يقطع الموالاة كالإقامة بين صلاتي الجمع. قال في الروضة وبه قطع الجمهور. والثاني: لا يصح؛ لأن الفاصل ليس من العقد، وصححه الماوردي. وقال السبكي: إنه أقوى.

تنبيه: ما ذكره من حذف الوصية بالتقوى من هذه الخطبة موافق لتصوير الروضة كأصلها المسألة بذلك لكنهما بعد هذا ذكر استحبابها عن الجمهور واستبعده الزركشي، وإنما حذف المصنف مدخول قبلت اعتماداً على ما يذكره بعد ذلك من أنه شرط في القبول، ولو ذكره كما قدّرته كان أولى (بل يستحب ذلك) الذكر بينهما للخبر المارّ (قلت: الصحيح) وصححه في

---

(١) ذكره الحافظ في التلخيص ٣/١٥٢ وعزاه للبيهقي من حديث أبي داود الطيالسي.

لَا يُسْتَحَبُّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، فَإِنْ طَالَ الذِّكْرُ الْفَاصِلُ لَمْ يَصِح.

الأذكار أيضاً (**لا يستحب**) ذلك (**والله أعلم**) لأنه لم يرد فيه توقيف، بل يستحب تركه كما صرّح به ابن يونس خروجاً من خلاف من أبطل به، وتابع في الروضة الرّافعي في أنه يستحب، وجعلا في النكاح أربع خطب: خطبة من الخاطب، وأخرى من المجيب للخطبة، وخطبتين للعقد، واحدة قبل الإيجاب وأخرى قبل القبول، فما صححه هنا مخالف للشرحين والروضة، فإن حاصل ما فيهما وجهان: أحدهما: البطلان؛ لأنه غير مشروع فأشبه الكلام الأجنبي. والثاني: ونقلاه عن الجمهور: استحبابه، فالقول بأنه لا يستحب ولا يبطل خارج عنهما. قال الأذرعي: ولم أر من قال لا يستحب ولا يبطل فضلاً عن ضعف الخلاف، ومتى قيل لا يستحب اتجه البطلان؛ لأنه غير مشروع فأشبه الكلام الأجنبي، وذكر البلقيني نحوه، وفي كلام السبكي إشارة إليه، والأولى أن يحمل البطلان على ما إذا طال كما قال (**فإن طال**) عرفاً (**الذكر الفاصل**) بين الإيجاب والقبول بحيث يشعر بالإعراض عن القبول (**لم يصح**) النكاح جزماً لأنه يشعر بالإعراض، لكن لو عبر بالمعتمد بدل الصحيح كان أولى. قال الرافعي: وكان يجوز أن يقال إن كان الذكر مقدّمة القبول وجب أن لا تضرّ إطالته فإنه لا يشعر بالإعراض. وأجاب عنه السبكي بأن مقدمة القبول التي قام الدليل عليها هي الحمد لله والصلاة لا ما زاد، وضبط القفال الطول المانع من صحة العقد بقدر لو كانا ساكتين فيه لخرج الجواب عن أن يكون جواباً اهـ والأولى أن يضبط بالعرف كما مرّ.

تنبيه: أفهم قوله الذكر أن غيره من كلام أجنبي يبطل ولو يسيراً وهو الأصح هنا بخلافه في الخلع فإنهم اغتفروا فيه اليسير كما في الروضة كأصلها في باب الخلع؛ لأنه يفضي إلى حلّ العصمة، ويغتفر فيه ما لا يغتفر في عقدها. قيل: ومحل المنع إذا صدر الكلام من القائل الذي يطلب منه الجواب، فإن كان من المتكلم ففيه وجهان حكاهما الرافعي في الجامع، واقتضى إيراده أن المشهور أنه لا يضرّ، وقد تقدّم الكلام على ذلك في كتاب البيع، والمراد بالكلام هنا ما يشمل الكلم والكلمة، لا المصطلح عليه عند النحاة.

تتمة: يسنّ للوليّ عرض موليته على ذوي الصلاح كما فعل شعيب بموسى عليهما الصلاة والسلام وعمر بعثمان ثم بأبي بكر رضي الله تعالى عنهم. ويسنّ أن ينوي بالنكاح السنة والصيانة لدينه كما مرّت الإشارة إليه، وأن يدعى للزوجين بالبركة بعد العقد وبالجمع بخير فيقال: بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير، ويكره أن يقول بالرفاء والبنين، وهو بكسر الراء والمدّ الالتئام والاتفاق، من قولهم: رفأت الثوب لورود النهي عنه، وأن يقدّم الوليّ على العقد أزوّجك هذه أو زوّجتكها على ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ولو شرطه في نفس العقد لم يبطل؛ لأن المقصود به الموعظة ولأنه شرط يوافق مقتضى العقد والشرع. ويسنّ للزوج أوّل ما يلقى زوجته أن يأخذ بناصيتها ويقول: بارك الله لكل منا في

فَصْلٌ

إِنَّمَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بِإِيْجَابٍ، وَهُوَ زَوَّجْتُكَ أَوْ أَنْكَحْتُكَ، وَقَبُولٍ: بِأَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ تَزَوَّجْتُ أَوْ نَكَحْتُ أَوْ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا أَوْ تَزْوِيجَهَا،

صاحبه، وأن يقول عند الجماع: بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا، وفي الإحياء: يكره الجماع في الليلة الأولى من الشهر، والأخيرة منه، وليلة النصف منه فيقال: إن الشيطان يحضر الجماع في هذه الليالي: ويقال: إنه يجامع. قال: وإذا قضى وطره فليمهل عليها حتى تقضي وطرها. قال: وفي الوطء ليلة الجمعة أجران. ويسنّ أن لا يترك الجماع عند قدومه من سفره، ولا يحرم وطء الحامل والمرضع.

فَصْلٌ في أركان النكاح وغيرها

وأركانه خمسة: صيغة، وزوجة، وشاهدان، وزوج، ووليّ، وهما العاقدان، وقد بدأ بالأوّل فقال: (**إنما يصح النكاح بإيجاب، وهو**) قول الوليّ (**زوّجتك أو أنكحتك**) ابنتي مثلاً إلخ (**وقبول**) وهو (**بأن يقول الزوج تزوّجت**) ـها (**أو نكحت**) ـها إلخ، وحذف المصنف مفعول هذين الفعلين مع أنه لا بدّ منه في صحة النكاح لما يشير إليه قوله (**أو قبلت نكاحها**) وهو مصدر بمعنى الإنكاح أي قبلت إنكاحها كما صرّح به جمع من اللغويين، وصحّ حينئذ كونه قبولاً لقول الوليّ أنكحتك (**أو**) قبلت (**تزويجها**) أو هذا النكاح أو التزويج. أما اعتبار أصل الإيجاب والقبول فبالاتفاق كسائر العقود. وأما هذا اللفظ فلما سيأتي، ورضيت نكاحها كقبلت نكاحها كما حكاه ابن هبيرة الوزير عن إجماع الأئمة الأربعة وإن توقف فيه السبكي، ومثله أردت أو أحببت كما قاله بعض المتأخرين، وقد يدل لقول ابن هبيرة وبعض المتأخرين قول البويطي: ومتى تزوّج بغير اسم التزويج أو الإنكاح لا يجوز، فإذا قال الوليّ: زوّجتك فقال: قد قبلت، أو رضيت، أو ما أشبه هذا لم يكن شيئاً حتى يقول قبلت النكاح أو التزويج. قال الغزالي في فتاويه: وكزوجتك زوجت لك أو إليك فيصح؛ لأن الخطأ في الصيغة إذا لم يخلّ بالمعنى ينبغي أن يكون كالخطأ في الإعراب اهـ، ومثل ذلك جوّزتك ونحوه، أو أبدل الكاف همزة كما أفتى به بعض المتأخرين، ولو قال قبلت النكاح أو التزويج، أو قبلتها فعن نص الأمّ الصحة في قبلت النكاح أو التزويج، والبطلان في قبلتها، وجرى عليه الشيخ أبو حامد وغيره.

تنبيه: لا يشترط توافق الوليّ والزوج في اللفظ، فلو قال الوليّ: زوجتك فقال الزوج: قبلت نكاحها صحّ، وبهذا يتمّ صح كون أو في كلام المصنف للتخيير مطلقاً، وقول الزوج: تزوجت أو نكحت ليس قبولاً حقيقة، وإنما هو قائم مقامه إذا ضم إلى ذلك الضمير كما قدرته في كلامه. أما إذا اقتصر على تزوجت أو نكحت فإنه لا يكفي وإن أفهم كلامه خلافه وتقدّم الاعتذار عنه فكان الأولى تقديم القبول الحقيقي، وهو قبلت نكاحها أو تزويجها، وكلامه يفهم

وَيَصِحُّ تَقَدُّمُ لَفْظِ الزَّوْجِ عَلَى الْوَلِيِّ، وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ التَّزْوِيجِ أَوِ الْإِنْكَاحِ،

اشتراط التخاطب لكن قالا: لو قال المتوسط للوليّ زوجت ابنتك فلاناً فقال: زوجتها لفلان ثم قال للزوج: قبلت نكاحها فقال: قبلت نكاحها انعقد النكاح لوجود الإيجاب والقبول مرتبطين، بخلاف ما لو قالا أو أحدهما نعم، ولا بد أن يقول الوليّ: زوجتها لفلان، فلو اقتصر على زوجتها لم يصح كما يؤخذ من مسألة الوكيل، نبه على ذلك شيخي، وهذا اللفظ بالنسبة إلى صحة النكاح فقط. وأما المسمى فلا يلزم إلا إذا صرّح الزوج به في لفظه فيقول: قبلت نكاحها على هذا الصداق ونحوه، فإن لم يقل ذلك وجب مهر المثل، صرّح به الماوردي والروياني، وهذا حيلة فيمن لم يزوجها وليها إلا بأكثر من مهر مثلها، وهذا بخلاف البيع، فإن القبول فيه منزل على الإيجاب فإن الثمن ركن فيه بخلاف النكاح فإنه يصح قبوله بلا صداق، بل مع نفيه، ولا يصح النكاح بلفظ الجزء من المنكوحة كزوجتك نصف ابنتي، قاله الإمام في كتاب الطلاق، ولو قالت: زوجك الله بنتي لم يصح كما نقله المصنف عن الغزالي وأقرّه، وهو بناء على أن هذه الصيغة كناية وهو كذلك وإن نقل الرّافعي عن العبادي ما يقتضي صراحتها. ويشترط في الصيغة أيضاً إصرار العاقد وبقاؤه بصفة الكمال حتى يوجد القبول، فإن أوجب الوليّ ثم رجع، أو جنّ، أو أغمي عليه، أو رجعت الآذنة عن إذنها، أو أغمي عليها، أو جنت، أو ارتدّت امتنع القبول وكون القبول بعد الفراغ من لفظ الإيجاب أي وما يذكر معه مما يتعلق بالمهر كما في فتاوى القفال. قال المتولي: ويشترط علم الزوج بحلّ المنكوحة، لكن في البحر: لو تزوج امرأة وهما يعتقدان أن بينهما أخوة من رضاع ثم تبين خطؤه صحّ النكاح على الصحيح من المذهب اهـ والأول أوجه **(ويصح تقدم لفظ الزوج على لفظ الوليّ)** لحصول المقصود تقدّم أو تأخر فيقول الزوج زوجني ابنتك، أو تزوجت ابنتك، أو أنكحتها فيقول الوليّ: زوجتك أو نحو ذلك.

تنبيه: شمل إطلاق المصنف تقدم قبلت نكاحها وهو كذلك كما صرح به الخوارزمي، وفي الشرحين والروضة في التوكيل في النكاح لو قال وكيل الزوج أولاً: قبلت نكاح فلانة لفلان، فقال وكيل الوليّ: زوجتها فلاناً جاز، وخالف في ذلك السبكي وجماعة من المتأخرين، وتقدم التنبيه على ذلك في كتاب البيع **(ولا يصح)** عقد النكاح **(إلا بلفظ)** ما اشتقّ من لفظ **(التزويج أو الإنكاح)** دون لفظ الهبة والتمليك ونحوهما[1] كالإحلال والإباحة لخبر

---

(١) اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بلفظ الهبة.

فذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى القول بأنه لا ينعقد النكاح بلفظ الهبة وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء والترمذي وربيعة.

وذهب الحنفية والمالكية إلى القول بانعقاد النكاح بلفظ الهبة. إلا أن المالكية قالوا: ينعقد بها النكاح بشرط ذكر المهر، ويظهر أنهم إنما اشترطوا في انعقاد النكاح بلفظ الهبة ذكر المهر لأن إسقاط المهر عندهم يؤثر في النكاح، ولما كان النكاح بلفظ الهبة يشعر بإسقاط المهر نظراً إلى أن لفظ الهبة من ألفاظ التبرعات =

مسلم: «اتَّقُوا اللَّهَ في النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَٱسْتَحْلَلْتُمْ فُـرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ»(١).

لذلك قالوا: ينعقد بها النكاح مع ذكر المهر.

وقد استدل الشافعية ومن وافقهم على عدم انعقاد النكاح بلفظ الهبة بالكتاب، والسنّة، والمعقول.

أما الكتاب فقول الله تعالى في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ: «وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من د ون المؤمنين».

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله تعالى قال: ﴿خالصة لك﴾، فدل ذلك على أن الانعقاد بلفظ الهبة من خصوصياته ﷺ.

وأما السنة فما روي أن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال: «اتقوا الله في النساء؛ فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله».

ووجه الدلالة من الحديث أنهم قالوا: إن الكلمة التي أحل الله بها الفروج في كتابه إنما هي الإنكاح والتزويج فقط أخذاً من الكتاب والسنّة بالاستقراء دون الهبة.

وأما المعقول فقد قالوا فيه: إن الهبة من ألفاظ الطلاق حتى أنه ليقع الطلاق بقوله لزوجته: وهبتك لأهلك، فلا يكون موجباً لضده.

وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي:

أما الآية فقد قيل لهم فيها: إن قوله تعالى: ﴿خالصة لك من دون المؤمنين﴾ ليس معناه أن انعقاد النكاح بلفظ الهبة مختص به ﷺ، بل المراد أن الاختصاص والخلوص في سقوط المهر خاص به ﷺ، ويؤيد هذا المراد أمور:

الأمر الأول: انها مقابلة بمن آتى مهرها في قوله: ﴿إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن﴾ إلى قوله: ﴿وامرأة مؤمنة﴾.

الأمر الثاني: أن الله تعالى قال: ﴿لكيلا يكون عليك حرج﴾، ومن المعلوم أنه لا حرج يلحقه في نفس العبارة، وإنما الحرج بلزوم المهر دون لفظ التزويج.

الأمر الثالث: أن الله سبحانه وتعالى أمتن على نبيه بقوله: ﴿خالصة لك﴾ والمنة إنما تظهر بنفي المهر لا بإقامة لفظ مقام لفظ.

ويقال لهم في الحديث: إن قولكم: إن الكلمة التي أحل الله بها الفروج في كتابه هي لفظ الإنكاح والتزويج فقط غير مسلم، بل جاء لفظ الهبة في الكتاب العزيز قال تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة﴾ الآية، وقد بينّا أن الخلوص في الآية راجع إلى إسقاط المهر.

واستدل المالكية والحنفية على انعقاد النكاح بلفظ الهبة بنفس الآية التي استدل بها الشافعية. ووجه الدلالة منها أنهم قالوا: إن هذا اللفظ انعقد به نكاح النبي ﷺ، فوجب أن ينعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج.

● اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بلفظ التمليك، فمنهم من يرى عدم انعقاده، وهم الشافعية والحنابلة، ومنهم من يرى انعقاده، وهم المالكية والحنفية، وإليه ذهب ابن حزم في المحلى.

الأدلة: استدل الشافعية ومن وافقهم بما يأتي:

أولاً: بالحديث المتقدم، وهو قوله ﷺ: «اتقوا الله في النساء» الخ...

ثانياً: قالوا: إن لفظ التمليك ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به؛ وذلك لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليهم، فيجب أن لا ينعقد النكاح بلفظ التمليك.

وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي:

(١) أخرجه مسلم ٢/٨٨٦ (١٤٧ ـ ١٢١٨).

وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ فِي الأَصَحِّ،

قالوا: وكلمة الله هي التزويج أو الإنكاح فإن لم يذكر في القرآن سواهما فوجب الوقوف معهما تعبداً واحتياطاً؛ لأن النكاح ينزع إلى العبادات لورود الندب فيه والأذكار في العبادات تتلقى من الشرع، والشرع إنما ورد بلفظي التزويج والإنكاح، وما في البخاري من «أنه ﷺ زوج امرأة، فقال: ﴿مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»[(1)] فقيل: وهم من الراوي، أو أن الراوي رواه بالمعنى ظناً منه ترادفهما، وبتقدير صحته معارض برواية الجمهور: زوجتكها. قال البيهقي: والجماعة أولى بالحفظ من الواحد، ويحتمل أنه ﷺ جمع بين اللفظين، ومما احتجّ به الأصحاب قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] جعل النكاح بلفظ الهبة من خصائصه ﷺ.

تنبيه: قوله: ولا يصح إلا بلفظ إلخ ليس تكراراً مع قوله: إنما يصح عقد النكاح بإيجاب إلخ؛ لأن الكلام هناك في اشتراط الصيغة، وهنا في تعيينها **(ويصح)** عقد النكاح **(بالعجمية في الأصح)** وهي ما عدا العربية من سائر اللغات كما عبر به في المحرر وإن أحسن قائلها العربية اعتباراً بالمعنى؛ لأنه لفظ لا يتعلق به إعجاز فاكتفى بترجمته، والثاني: لا يصح اعتباراً باللفظ الوارد. والثالث: إن عجز عن العربية صح وإلا فلا.

= أما الحديث فيقال لهم فيه: إن قوله ﷺ: «واستحللتم فروجهن بكلمة الله» لا يدل على حصر انعقاد النكاح في لفظ الإنكاح والتزويج، فقد جاء في حديث ما يدل على انعقاده بلفظ التمليك، فقد قال النبي ﷺ للرجل الذي خطب المرأة التي عرضت نفسها عليه: «قد ملكتكها».

ويقال لهم في المعقول: إن قولكم: إن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية مسلم، ولكن قولكم: ولا يمكن الشهادة عليه النية لعدم اطلاعهم عليها غير مسلم، فإن القرائن دالة على أن المشهود عليه هو النكاح؛ فإنه إذا قال إنسان لآخر بحضرة الشهود: ملكتك ابنتي بألف درهم مثلاً فقال الآخر: قبلت علم أن المراد التزويج، ولا يحتاج إلى إظهار النية إذ أن دلالة الحال في الكنايات تجعلها صريحة وتقوم مقام إظهار النية.

وأما المالكية والحنفية ومن معهم فقد استدلوا بقوله ﷺ: «قد ملكتكها بما معك من القرآن»، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ زوجه إياها بلفظ التمليك، فدل ذلك على انعقاد النكاح به، وإلا لما قال له الرسول: «قد ملكتكها».

فإن قيل: إن هذا الحديث رواه سفيان بن عيينة عن أبي حازم عن سهل فقال فيه: «قد أنكحتكها»، ورواه زائدة، وحماد بن زيد، وعبد العزيز بن محمد الداراوردي كلهم عن أبي حازم عن سهل فقالوا فيه: «قد زوجتكها فعلمها من القرآن»، وهو موطن واحد، ورجل واحد، وامرأة واحدة، فيكون من روي: «قد ملكتكها» روى الحديث بالمعنى لظن الترادف فلا تكون روايته حجة. يجاب عن هذا القول بأنه وإن كان موطن واحد ورجل واحد وامرأة واحدة، فإنه لا مانع من صحة الروايات كلها، ويكون قصد النبي ﷺ تعليمهم بأن كل هذه الألفاظ ينعقد بها النكاح، ولذلك وجدنا الرواة رغم اتحاد القصة اختلفوا في اللفظ، فمنهم من روى: «قد ملكتكها»، ومنهم من روى: «قد أنكحتكها»، ومنهم من روى: «قد زوجتكها».

(١) أخرجه البخاري في كتاب اللباس (٥٨٧١).

لَا بِكِنَايَةٍ قَطْعاً، وَلَوْ قَالَ زَوَّجْتُكَ فَقَالَ قَبِلْتُ لَمْ يَنْعَقِدْ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ قَالَ: زَوِّجْنِي فَقَالَ زَوَّجْتُكَ أَوْ قَالَ الْوَلِيُّ تَزَوَّجْها فَقَالَ تَزَوَّجْتُ صَحَّ،

تنبيه: محل الخلاف إذا فهم كل من العاقدين كلام نفسه وكلام الآخر، سواء اتفقت اللغات أم اختلفت وإلا فلا يصح قطعاً، فإن فهمها ثقة دونهما فأخبرهما بمعناها فوجهان، رجح البلقيني منهما المنع كما في العجمي الذي ذكر لفظ الطلاق وأراد معناه وهو لا يعرفه. قال: وصورته أن لايعرفها إلا بعد إتيانه بها، فلو أخبره بمعناه قبل صح إن لم يطل الفصل **(لا بكناية)** كأحللتك ابنتي لا يصح بها النكاح، إذ لا اطلاع للشهود على النية، وقوله: **(قطعاً)** من زيادته على المحرر. قال السبكي: وهي زيادة صحيحة: فاعترضه الزركشي بأن في المطلب حكاية خلاف فيه، والمراد الكناية بالصيغة. أما في المعقودعليه فيصح، فإنه لو قال: زوجتك ابنتي فقبل ونويا معينة صح النكاح كما مرّ مع أن الشهود لا اطلاع لهم على النية، فالكناية معتبرة في ذلك، ولا ينعقد بكتابة في غيبة أو حضور؛ لأنها كناية، فلو قال لغائب: زوجتك ابنتي، أو قال: زوجتها من فلان ثم كتب فبلغه الكتاب أي الخبر فقال: قبلت لم يصح، وينعقد بإشارة الأخرس التي لا يختص بها فطنون. أما ما يختص بها الفطنون فإنه لا ينعقد بها؛ لأنها كناية، وفي المجموع في كتاب البيع أنه ينعقد نكاح الأخرس بالكتابة بلا خلاف. فإن قيل: الكتابة كناية هنا كما مرّ، وفي الطلاق على الصحيح عند المصنف فكيف ينعقد نكاحه عنده بلا خلاف؟. أجيب بأنه إنما اعتبر الكتابة في صحة ولايته لا في تزويجه، ولا ريب أنه إذا كان كاتباً تكون الولاية له، فيوكل من يزوجه أو يزوج موليته، والسائل نظر إلى من يزوجه لا إلى ولايته، ولا ريب أنه لا يزوج بها **(ولو قال)** الوليّ **(زوجتك)** إلخ **(فقال)** الزوج: **(قبلت)** واقتصر عليه **(لم ينعقد)** هذا النكاح **(على المذهب)** لأنه لم يوجد منه التصريح بواحد من لفظي النكاح والتزويج، ونيته لا تفيد، وفي قول ينعقد بذلك؛ لأنه ينصرف إلى ما أوجبه الوليّ فإنه كالمعاد لفظاً كما هو الأصح في نظيره من البيع، وفرق الأول بأن القبول وإن انصرف إلى ما أوجبه البائع إلا أنه من قبيل الكنايات، والنكاح لا ينعقد بها بخلاف البيع، وقيل: بالمنع قطعاً، وقيل: بالصحة قطعاً **(ولو قال)** الخاطب للولي **(زوجني)** بنتك إلخ **(فقال)** الوليّ له **(زوجتك)** إلخ **(أو قال الولي)** للخاطب **(تزوجها)** أي بنتي إلخ **(فقال)** الخاطب **(تزوجت)** إلخ **(صح)** النكاح في المسألتين وإن لم يقبل الزوج بعد ذلك لوجود الاستدعاء الجازم، ولما في الصحيحين: «أن الأعرابي الذي خطب الواهبة نفسها للنبي ﷺ، قال له: زوجنيها، فقال: زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»، ولم ينقل أنه قال بعد ذلك: قبلت نكاحها، وخرج بذلك ما لو قال الخاطب: زوجتني ابنتك أو تزوجنيها أو قال الولي: أتتزوج ابنتي فإنه لا يصح؛ لأنه استفهام وتقدّم نظيره في البيع.

فرع: لو قال الخاطب للولي: زوجت نفسي ابنتك وقبل الولي، ففي انعقاده بهذا خلاف مبني على أن كل واحد من الزوجين معقود عليه؛ لأن بقاءهما شرط لبقاء العقد كالعوضين في

وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ، وَلَوْ بُشِّرَ بِوَلَدٍ فَقَالَ إِنْ كَانَ أُنْثَى فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا، أَوْ قَالَ إِنْ كَانَتْ بِنْتِي طَلُقَتْ وَاعْتَدَّتْ فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَالمَذْهَبُ بُطْلَانُهُ، وَلَا تَوْقِيتُهُ،

البيع أو المعقود عليه المرأة فقط؛ لأن العوض من جهة الزوج المهر لا نفسه، ولأنه لا حجر عليه في نكاح غيرها معها، والصحيح أن الزوج ليس معقوداً عليه كما نقله الرافعي عن الأكثرين في باب الطلاق في الكلام على قوله: أنا منك طالق، وقد مرّت الإشارة إلى ذلك في أول كتاب النكاح فعليه لا ينعقد النكاح بذلك؛ لأنه جعل نفسه معقوداً عليه، ولأن زوجت إنما يليق بالولي لا بالزوج (و) يشترط كون النكاح منجزاً، وحينئذ **(لا يصح تعليقه)** كإذا طلعت الشمس فقد زوجتك بنتي كما في البيع ونحوه من باقي المعاوضات، بل أولى لمزيد اختصاصه بالاحتياط، ولو قال: زوّجتك إن شاء الله وقصد التعليق أو أطلق لم يصح، وإن قصد التبرّك أو أن كل شيء بمشيئة الله تعالى صح كما مرّ نظير ذلك في الوضوء **(ولو بشر)** شخص **(بولد فقال)** لآخر **(إن كانت أنثى فقد زوجتكها)** إلخ فقبل **(أو قال)** له **(إن كانت بنتي طلقت)** أو مات زوجها، وزاد على المحرّر قوله: **(واعتدت فقد زوجتكها)** وكانت أذنت لأبيها في تزويجها، أو قال: إن ورثت هذه الجارية فقد زوجتكها **(فالمذهب بطلانه)** أي النكاح في الصور المذكورة، ولو كان الواقع في نفس الأمر كذلك لوجود صورة التعليق وفساد الصيغة. فإن قيل: يتصوّر الإذن من الزوجة المدخول بها، ولا يمكن تصويره في البكر لأجل قوله واعتدت. أجيب بتصوّره فيما إذا وطئت في الدبر أو استدخلت ماءه، وفي المجنونة أو في العاقلة إذا أذنت له إن طلقت واعتدّت أن يزوجها كما أشار إلى صحة هذا الإذن البغوي في فتاويه كما نقله الشيخان عنه وأقرّاه، وكلام الروضة هنا يفهمه فيما لو قال الولي للوكيل: أذنت لك في تزويجها إذا انقضت عدّتها، لكن الراجح في كتاب الوكالة خلافه، وهو الأوجه.

تنبيه: لو حذف المصنف لفظة: واعتدّت كما في المحرّر لصح تصوير المسألة في بكر، واحترز بقوله: بشر بولد، فقال: إن كان أنثى إلخ عما لو أخبر بحدوث بنت له أو بموت إحدى نساء زيد مثلاً فصدق المخبر ثم قال لزيد في الثانية ولغيره في الأولى: إن صدق المخبر فقد زوجتكها فإنه يصح، وليس بتعليق، بل هو تحقيق كقوله: إن كنت زوجتي فأنت طالق، وتكون إن بمعنى إذ، كقوله تعالى: ﴿وَخَافُونِ إِنْ كُنْتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران ١٧٥] كذا نقله الشيخان، ثم قالا: ويجب فرضه فيما إذا تيقن صدق المخبر وإلا فلفظ إن للتعليق، وتوقف في ذلك السبكي. قال البلقيني: ومحل كون التعليق مانعاً إذا كان ليس مقتضى الإطلاق وإلا فينعقد، فلو قال الوليّ: زوجتك بنتي إن كانت حية، والصورة أنها كانت غائبة وتحدّث بمرضها أو ذكر موتها أو قتلها ولم يثبت ذلك، فإن هذا التعليق يصح معه العقد وبسط ذلك، والظاهر أن هذا داخل في كلام الأصحاب، فإنه لم يخرج عن كونه تعليقاً (و) يشترط كون النكاح مطلقاً، وحينئذ **(لا)** يصح **(توقيته)** بمدّة معلومة، كشهر، أو مجهولة كقدوم زيد، وهو نكاح المتعة

وَلَا نِكَاحُ الشِّغارِ وَهُوَ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي بِنْتَكَ وَبُضْعُ كُلٍّ واحِدَةٍ صَداقُ الْأُخْرَىٰ فَيُقْبَلُ،

المنهيّ عنه، وكان جائزاً في أول الإسلام رخصة للمضطرّ كأكل الميتة، ثم حرم عام خيبر، ثم رخص فيه عام الفتح، وقيل عام حجة الوداع، ثم حرم أبداً، وإليه يشير قول الشافعي رضي الله تعالى عنه: لا أعلم شيئاً حرم ثم أبيح ثم حرم إلا المتعة. وأما قول الحافظ المنذري: إن القبلة نسخت مرتين أيضاً، ولحوم الحمر الأهلية أيضاً حرمت مرتين، فلعله لم يثبت عند الشافعي. وكان ابن عباس رضي الله عنهما يذهب إلى جوازها، وروى البيهقي أنه رجع عنها ويردّ تجويزها ما في الصحيحين أن النبي ﷺ قال: «كُنْتُ قَدْ أَذِنْتُ في الاسْتِمْتَاعِ بِهَذِهِ النِّسْوَةِ، أَلَا وَإِنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَّمَ ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ القِيامَةِ، فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهُنَّ شَيْءٌ فَلْيُخلِ سَبِيلَهَا وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً».

تنبيه: استثنى البلقيني من بطلان النكاح ما إذا نكحها مدة عمره أو مدة عمرها. قال: فإن النكاح المطلق لا يزيد على ذلك والتصريح بمقتضى الإطلاق لا يضر، فينبغي أن يصح النكاح في هاتين الصورتين. قال: وفي نص الأم ما يشهد له وتبعه على ذلك بعض المتأخرين، وهذا ممنوع، فقد صرح الأصحاب في البيع بأنه لو قال: بعتك هذا حياتك لم يصح البيع فالنكاح أولى، وكذا لا يصح إذا أقته بمدة لا تبقى إليها الدنيا غالباً كما قاله شيخي، وهذا مبني على أن الاعتبار بصيغ العقود لا بمعانيها **(ولا)** يصح **(نكاح الشغار)**(١) للنهي عنه في خبر الصحيحين من حديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنهم **(وهو)** بكسر الشين وبالمعجمتين، نحو قول الوليّ للخاطب **(زوّجتكها)** أي بنتي مثلاً **(على أن تزوّجني بنتك وبضع كل واحدة)** منهما **(صداق الأخرى فيقبل)** ذلك كقوله: تزوّجت بنتك وزوّجتك بنتي على ما ذكرت، وتفسيره بذلك مأخوذ من آخر الخبر المحتمل لأن يكون من تفسير النبي ﷺ، وأن يكون من تفسير ابن عمر الراوي، أو من تفسير الراوي عنه فيرجع إليه، وقد صرح البخاري بأنه من قول نافع، والمعنى في البطلان التشريك في البضع حيث جعل مورد النكاح امرأة وصداقاً لأخرى فأشبه تزويج واحدة من اثنين، وقيل: التعليق وقيل: الخلو من المهر، وعوّل الإمام على الخبر، وضعف المعاني كلها وهو أسلم. وسمي شغاراً، إما من قولهم: شغر

---

(١) الشغار في اللغة: الرفع من قولهم: شغر البلد عن السلطان إذا خلا عنه لخلوه عن الصداق أو لخلوه عن بعض الشرائط، وقيل: مأخوذ من قولهم: شغر الكلب برجله إذا رفعها ليبول، كأن كلًّا من الوليين يقول للآخر: لا ترفع رجل ابنتي حتى أرفع رجل ابنتك، وفي التشبيه بهذا الهيئة القبيحة تقبيح للشغار، وتغليظ على فاعله.
وأما معناه شرعاً. فهو أن يزوج الرجل موليته على أن يزوج الآخر موليته ليس بينهما صداق، وقد قال عياض عن بعض العلماء: كان الشغار من نكاح الجاهلية يقول: شاغر في وليتي بوليتك أي عاوضني جماعاً بجماع.

فَإِنْ لَمْ يَجْعَلِ الْبُضْعَ صَدَاقاً فَالأَصَحُّ الصِّحَّةُ، وَلَوْ سَمَّيَا مَالاً مَعَ جَعْلِ الْبُضْعِ صَدَاقاً بَطَلَ فِي الأَصَحِّ،

البلد عن السلطان إذا خلا عنه لخلوه عن المهر، وقيل: لخلوه عن بعض الشرائط، وإما من قولهم: شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول، إذ أصل الشغار في اللغة الرفع؛ لأن كلاً منهما يقول للآخر لا ترفع رجل ابنتي حتى أرفع رجل ابنتك.

تنبيه: كلامهم يقتضي أن قوله: على أن تزوجني ابنتك استيجاب قائم مقام قوله: وزوجني ابنتك وإلا لوجب القبول بعد (**فإن لم يجعل البضع صداقاً**) بأن سكت عنه كقوله: زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك فقبل (**فالأصح**) في العقدين (**الصحة**) لعدم التشريك في البضع، وليس فيه إلا شرط عقد في عقد وذلك لا يفسد النكاح، ولكن يفسد المسمى، ويجب لكل واحدة مهر المثل، فعلى هذا لو قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك وبضع ابنتك صداق لابنتي صح الأول وبطل الثاني؛ لجعل بضع بنت الثاني صداقاً لبنت الأول بخلاف الأول، ولو قال: بضع ابنتي صداقاً لابنتك بطل الأول وصح الثاني لما عرف، والثاني: لا يصح لوجود التعليق. قال الأذرعي: وهو المذهب. وقال البلقيني: ما صححه المصنف مخالف للأحاديث الصحيحة ونصوص الشافعي (**ولو سميا مالاً مع جعل البضع صداقاً**) كقوله: وبضع كل منهما وألف صداق الأخرى (**بطل**) عقد كل منهما (**في الأصح**) لوجود التشريك الموجود، والثاني: صح؛ لأنه ليس على تفسير صورة الشغار، ولأنه لم يخل عن المهر.

تنبيه: قوله: سميا ليس بقيد بل لو سمى أحدهما كان الحكم كذلك، ومن صور الشغار كما في شرح المختصر لابن داود أن يقول: زوجتك ابنتي على أن تزوج ابني ابنتك وبضع كل واحدة صداق الأخرى، ومن صوره أيضاً ما لو قال: زوجني ابنتك على أن أزوجك أمتي، وبضع كل واحدة صداق الأخرى، ولو قال: زوجتك بنتي على أن بضعك صداق لها صح النكاح في أحد وجهين يظهر ترجيحه تبعاً لشيخنا لعدم التشريك، لكن يفسد الصداق فيجب مهر المثل كما لو سمى خمراً، ويفسد المسمى دون النكاح أيضاً فيما لو قال: زوجتك بنتي بمنفعة أمتك للجهل بالمسمى.

فروع: لو قال لمن يحل له نكاح الأمة: زوجتك جاريتي على أن تزوجني ابنتك بصداق لها هو رقبة الجارية فزوجه على ذلك صح النكاحان؛ لأنه لا تشريك فيما ورد عليه عقد النكاح بمهر المثل لكل منهما لعدم التسمية والتعويض في الأولى وفساد المسمى في الثانية، إذ لو صح المسمى فيها لزم صحة نكاح الأب جارية بنته وهو ممتنع، ولو طلق امرأته على أن يزوجه زيد مثلاً ابنته وصداق البنت بضع المطلقة فزوجه على ذلك صح التزويج بمهر المثل لفساد المسمى، ووقع الطلاق على المطلقة، ولو طلق امرأته على أن يعتق زيد عبده ويكون طلاقها

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ، وَشَرْطُهُما حُرِّيَّةٌ،

عوضاً من عتقه فأعتقه على ذلك طلقت ونفذ العتق في أحد وجهين، نقله في أصل الروضة عن ابن كج وهو الظاهر، ورجع الزوج على السيد بمهر المثل والسيد على الزوج بقيمة العبد. والركن الثاني: الزوجة، ويشترط فيها خلوها من الموانع الآتي بيانها في باب محرمات النكاح إن شاء الله تعالى، ويشترط تعيين كل من الزوجين فزوجتك إحدى بناتي أو زوجت بنتي مثلاً أحدكما باطل، ولو مع الإشارة كالبيع، ولا يشترط الرؤية، وإن قال: زوجتك بنتي أو بعتك داري، وكان رأى داره قبل ذلك، وليس له غيرها، أو أشار إليها صح كل من التزويج والبيع، ولو سمى البنت المذكورة بغير اسمها أو غلط في حدود الدار المذكورة، أو قال: زوّجتك هذا الغلام، وأشار إلى البنت التي يريد تزويجها صح كل من التزويج والبيع. أما فيما لا إشارة فيه فلأن كلاً من البنتية والدارية صفة لازمة مميزة، فاعتبرت ولغا الاسم كما لو أشار إليها وسماها بغير اسمها. وأما فيما فيه إشارة فتعويلاً عليها، ولو كان اسم بنته الواحدة فاطمة، فقال: زوّجتك فاطمة، ولم يقل بنتي لم يصح النكاح لكثرة الفواطم، لكن لو نواها صح عملاً بما نواه كما قاله البغوي، فإن قيل: يشترط في صحة العقد الإشهاد والشهود لا اطلاع لهم على النية؟. أجيب بأن الكناية مغتفرة في ذلك كما مرّ على أن الخوارزمي اعتبر في مثل ذلك أيضاً علم الشهود بالمنوية، وعليه لا سؤال، ولو قال، وله ابنتان كبرى وصغرى: زوجتك بنتي الكبرى وسماها باسم الصغرى صح في الكبرى اعتماداً على الوصف، ولو ذكر الوليّ للزوج اسم واحدة من بنتيه وقصدهما الأخرى صح فيما قصداها ولغت التسمية، وفيه السؤال والجواب المتقدّمان. فإن اختلف قصدهما لم يصح؛ لأن الزوج قبل غير ما أوجبه الوليّ، ولو قال: زوجتك بنتي الصغيرة الطويلة، وكانت الطويلة الكبيرة فالتزويج باطل؛ لأن كلًّا الوصفين لازم، وليس اعتبار أحدهما في تمييز المنكوحة أولى من اعتبار الآخر فصارت مبهمة قاله في البحر، ولو خطب كل من رجلين امرأة وعقد كل منهما على خطوبة الآخر ولو غلطاً صح النكاحان لقبول كل منهما ما أوجبه الوليّ. ثم شرع في الركن الثالث، فقال: **(ولا يصح)** النكاح **(إلا بحضرة شاهدين)** لخبر ابن حبان في صحيحه عن عائشة رضي الله تعالى عنها: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ، وَمَا كَانَ مِنْ نِكَاحٍ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ، فَإِنْ تَشَاحُّوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ». قال: ولا يصح في ذكر الشاهدين غيره، والمعنى في اعتبارهما الاحتياط للأبضاع وصيانة الأنكحة عن الجحود.

تنبيه: إنما عبر بالحضور ليفهم عدم الفرق بين حضورهما قصداً أو اتفاقاً أو حضرا وسمعا العقد صح وإن لم يسمعا الصداق، ويسنّ إحضار جمع زيادة على الشاهدين من أهل الخير والدين. قال الرافعي: ذكر في الوسيط أن حضور الشهود شرط، لكن تساهل في تسميته ركناً، وبالجملة حضورهم معتبر في الأنكحة، ولذا عبر المصنف بحضور **(وشرطهما حرّية)**

وَذُكُورَةٌ وَعَدَالَةٌ وَسَمْعٌ وَبَصَرٌ، وفي الأَعْمَى وجْهٌ والأَصَحُّ انْعِقَادُهُ بِابْنَي الزَّوْجَيْنِ وَعَدُوَّيْهِمَا،

فلا ينعقد بمن فيه رقّ؛ لأن من فيه رقّ ليس أهلاً للشهادة، ولو عقد بحضرة من أعتقه شخص في مرض موته وعليه دين مستغرق هل يصح أو لا؟. قال الزركشي في صحة العقد: وإن قلنا بصحة العتق نظر لأن العتق غير مستقرّ اهـ، والأوجه ما قاله غيره، وهو الصحة إن لم يبطل، وعدمها إن بطل. ويؤيد ذلك ما سيأتي إن كان الشاهد خنثى ثم تبين كونه ذكراً أنه يكفي **(وذكورة)** فلا ينعقد بالنساء ولا برجل وامرأتين؛ لأنه لا يثبت بقولهنّ.

تنبيه: أفهم كلامه أنه لا يعتقد بخنثيين ولو بانا رجلين، لكنه صحح في زيادة الرّوضة الصحة، فإن قيل: لو عقد على مشكل أوله ثم تبين كونه أنثى في الأول أو ذكراً في الثاني أن النكاح لا يصح؟. أجيب بأن الشهادة في النكاح من الشروط كما مرّ عن البسيط، والشرط يعتبر وجوده عند العقد لا تحققه، بخلاف المعقود عليه فإنه ركن، والركن يعتبر تحققه عند العقد. ويؤيد ذلك ما سيأتي من أن الإشهاد على رضا المرأة حيث يعتبر رضاها لا يشترط، وعللوه بأن رضاها ليس من نفس العقد وإنما شرط فيه، وإذا وجد من غير إشهاد كفى، وأيضاً الخنثى أهل للشهادة في الجملة، فإذا بان رجلاً اكتفينا بذلك في النكاح بخلاف العقد على الخنثى فإنه ليس أهلاً لعقد النكاح عليه في حالة من الأحوال، واستغنى المصنف عن ذكر الإسلام والتكليف في الشاهد بقوله: **(وعدالة)** ولو ظاهرة، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى في كتاب الشهادات، فلا ينعقد بفاسقين؛ لأنه لا يثبت بهما **(وسمع)** ولو برفع الصوت، إذ المشهود عليه قول فلا بدّ من سماعه، فلا ينعقد بأصمّ، وفيه وجه **(وبصر)** لأن الأقوال لا تثبت إلا بالمعاينة والسماع **(وفي الأعمى وجه)** بانعقاد النكاح بحضرته، وحكاه في البحر عن النص لأنه أهل للشهادة في الجملة.

تنبيه: كان ينبغي للمصنف حيث كان ذلك منسوباً إلى النص أن يعبر بقول: وبقي عليه شروط أخر، وهي كونه ناطقاً رشيداً ضابطاً، ولو مع النسيان عن قرب غير متعين للولاية كأب وأخ منفرد وكل وحضر مع آخر، وتقدّم أنه لا بدّ من معرفة لغة المتعاقدين، وإنما تركها المصنف لأنه سيذكرها في كتاب الشهادات، ولو عبر بشاهدين مقبولي شهادة نكاح كان أخصر وأعم **(والأصح انعقاده)** أي النكاح **(بابني الزوجين)** أي ابني كل منهما أو ابن أحدهما وابن الآخر **(وعدوّيهما)** أي وعدوي كل منهما أو عدوّ أحدهما وعدوّ الآخر؛ لأنهما من أهل الشهادة، وينعقد بهما النكاح في الجملة. والثاني: لا لتعذر ثبوت هذا النكاح بهما في المسألتين، وقطع بعضهم بالانعقاد في العداوة لإمكان زوالها. قال في زيادة الروضة: وينعقد بحضور ابنيه مع ابنيها وعدوّيه مع عدوّيها بلا خلاف والجدّ إن لم يكن ولياً كالابن.

تنبيه: قد يكون الأب شاهداً لاختلاف دين أو رقّ كأن تكون بنته رقيقة فيزوجها سيدها

وَيَنْعَقِدُ بِمَسْتُورَيِ الْعَدَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ ، لَا مَسْتُورِ الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ،

وحضر، وهو بصفة الشهود أو كافرة فزوجها أخوها مثلاً الكافر وحضره الأب، وينعقد بالحواشي كالإخوة والأعمام إذا كان الولي غيرهم، فلو شهد اثنان من ثلاثة إخوة مثلاً والعاقد غيرها من بقية الأولياء لا إن عقد بوكالة منهما أو من أحدهما له جاز، بخلاف ما إذا عقد غيرهما بوكالة ممن ذكر لما مر، والواو في قوله: وعدويهما بمعنى أو، ولهذا حكى الرافعي الخلاف في العدوين. ثم قال: ويجري في الابنين ولو كان الكل انعقد قطعاً على قياس ما مر في زيادة الروضة **(وينعقد بمستوري العدالة)** وهما المعروفان بها ظاهراً لا باطناً بأن عرفت بالمخالطة دون التزكية عند الحاكم **(على الصحيح)** لأن الظاهر من المسلمين العدالة، ولأن النكاح يجري بين أوساط الناس والعوام، فلو اعتبر فيه العدالة الباطنة لاحتاجوا إلى معرفتها ليحضروا من هو متصف بها فيطول الأمر عليهم ويشقّ.

تنبيه: ظاهر إطلاق المصنف في انعقاده النكاح بالمستورين أنه لا فرق بين أن يعقد بهما الحاكم أو غيره وهو ما صححه المتولي: فإنه صحح أن الحاكم كغيره فيما طريقه المعاملة، ألا ترى أن الحاكم إذا رأى مالاً في يد إنسان يتصرف فيه بلا منازع له أن يشتريه منه اعتماداً على ظاهر اليد كما يجوز لغيره أن يعتمد ظاهر اليد، ولا يقال: الحاكم لا يشق عليه طلب الحجة وسماع البينة، وهذا هو الظاهر وإن جزم ابن الصلاح في فتاويه والمصنف في نكته بعدم الصحة، واختاره السبكي وغيره. والوجه الثاني: لا ينعقد بالمستورين بل لا بدّ من معرفة العدالة الباطنة، ويعلم من حكم المصنف فيما بعد بالبطلان فيما إذا بان فسقهما عند العقد أن الصحة في المستور إنما هي في الظاهر دون الباطن فلا ينعقد في الباطن على الصحيح إلا بعدلين باطناً، ويبطل الستر بتفسيق عدل في الرواية، فلو أخبر بفسق المستور عدل لم يصح به النكاح كما رجحه ابن المقري تبعاً للإمام، وقول صاحب الذخائر: الأشبه الصحة فإن الجرح لا يثبت إلا بشاهدين ولم يوجدا مردود بأنه ليس الغرض إثبات الجرح بل زوال ظنّ العدالة، وهو حاصل بخبر العدل، ولو تحاكم الزوجان وقد أقرّا بنكاح عقد بمستورين في نفقة ونحوها من حقوق الزوجية وعلم الحاكم بفسق شهود العقد لم يحكم بينهما، كذا قالاه، وقضيته أنه لا يفرق بينهما، والظاهر كما قاله الزركشي وغيره أنه يفرق بينهما بناء على أن القاضي يقضي بعلمه، سواء أترافعا إليه أم لا، وإن علم بكونهما مستورين حكم بينهما، سواء أقلنا يعقد بهما أم لا؛ لأن الحكم بهما هنا تابع لصحة النكاح كما يثبت هلال شوّال بعد ثلاثين يوماً تبعاً لثبوت رمضان برؤية عدل، ولا يقبل المستورين في إثبات النكاح ولا فساده بل يتوقف حتى يعلم باطنهما، ويمكن حمل كلام ابن الصلاح والمصنف في نكته على هذا، وكلام المتولي وإطلاق المتن على مجرّد العقد من غير حكم فلم يتواردا على محلّ واحد، وهذا أولى **(لا مستور الإسلام والحرّية)** بأن لم يعرف إسلامه ولا حرّيته بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالأرقاء ولا غالب، أو يكون ظاهر الإسلام والحرّية بالدار فلا ينعقد

وَلَوْ بَانَ فِسْقُ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْعَقْدِ فَبَاطِلٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَإِنَّمَا يَبِينُ بَيِّنَةٍ أَوِ اتِّفَاقِ الزَّوْجَيْنِ،

النكاح به، بل لا بدّ من معرفة حاله بهما باطناً لسهولة الوقوف على ذلك بخلاف العدالة والفسق.

تنبيه: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في عدم الانعقاد بين أن يتبين وجود الأهلية حالة العقد أم لا، وليس مراداً فإنه صحح في الخنثى أنه إذا ثبتت ذكورته الصحة كما مرّ، وهذا أولى؛ لأن الخنوثة لا تخفى غالباً، وكمستور الإسلام والحرّيّة مستور البلوغ كما قاله الجويني، إذ الأصل الصبا، فإن تبين أنه كان بالغاً عند العقد صح على قياس ما مرّ (**ولو بان فسق الشاهد عند العقد فباطل**) أي تبين بطلانه (**على المذهب**) لفوات العدالة كما لو بانا كافرين، ولا فرق بين كون العاقد إذ ذاك حاكماً أو لا، وسيعيد المصنف هذه المسألة في كتاب الشهادات حيث يقول فيه: ومتى حكم بشاهدين فبانا كافرين إلى أن قال: وكذا فاسقان في الأظهر. والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما هذا، والثاني الاكتفاء بالستر يومئذ.

تنبيه: احترز بقوله: عند العقد عما لو تبين الفسق في الحال ولم يعلم قدمه ولا حدوثه فإنه لا يحكم ببطلانه لجواز حدوثه، وبه صرّح الماوردي. قال: لكن لا يحكم بثبوت هذا النكاح إلا بشهادة غيرهما. قال: وكذا فيما لو تبين فسقهما بعد العقد، وعما إذا تبين قبله فإنه لا يضرّ، وينبغي كما قال الزركشي تقييده بزمن يتأتى فيه الاستبراء المعتبر (**وإنما يبين**) فسق الشاهد (**ببينة**) تقوم به حسبة أو غيرها على أنه كان فاسقاً عند العقد وعلم القاضي بفسقه كالبينة كما في البيان والتجريد لكنهما صوّراه بالترافع. قال الأذرعي: وتبعه الزركشي، ويشبه أنه لا فرق. ثم قال: فإن قيل: هذا نكاح مختلف في صحته، فلا يتعرّض له ما لم يترافعا إليه فيه كسائر الخلافيات. قلت: يحتمل هذا ويحتمل أن يقال: يفرق بينهما وإن لم يترافعا اهـ والاحتمال الأوّل أظهر الموافق لما قيد به الأوّلان (**أو اتفاق الزوجين**) على فسقه، سواء أقالا لم نعلمه إلا بعد العقد، أم علمناه ثم نسيناه عند العقد أم علمناه عند العقد، ولو أقرّ الزوجان عند الحاكم أن النكاح عقد بعدلين وحكم عليهما بالصحة بإقرارهما ثم ادّعيا أنه عقد بفاسقين. قال الماوردي: لم يلتفت إلى قولهما ثانياً، وهو كما قال ابن شهبة ظاهر بالنسبة إلى حقوق الزوجية لا بالنسبة إلى تقرير النكاح.

تنبيه: محل تبين البطلان باعتراف الزوجين في حقهما، أما حق الله تعالى بأن طلقها ثلاثاً ثم توافقا على فساد العقد بهذا السبب أو بغيره، فلا يجوز أن يوقعاه بلا محلل كما في الكافي للخوارزمي للتهمة، ولأن حق الله تعالى فلا يسقط بقولهما. قال: ولو أقاما بينة على ذلك لم يسمع قولهما ولا بينتهما، وبذلك أفتى القاضي، وذكر البغوي في تعليقه أن بينة الحسبة تقبل، لكنهم ذكروا في باب الشهادات: ان محل قبول بينة الحسبة عند الحاجة إليها،

وَلَا أَثَرَ لِقَوْلِ الشَّاهِدَيْنِ كُنَّا فَاسِقَيْنِ، وَلَو اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْج وَأَنْكَرَتْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَعَلَيْهِ نِصْفُ المَهْرِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَإِلَّا فَكُلُّهُ، ويُسْتَحَبُّ الْاشْهَادُ عَلَى رِضَا المَرْأَةِ

كأن طلق شخص زوجته وهو يعاشرها أو أعتق رقيقه وهو ينكر ذلك، أما إذا لم تدع إليها حاجة فلا تسمع، وهنا كذلك نبه على ذلك شيخي، وهو حسن. قال السبكي: ومحلّ عدم قبول البينة إذا أراد نكاحاً جديداً، فلو أراد الزوج التخلص من المهر، كأن كان الطلاق قبل الدخول أو أرادت الزوجة بعد الدخول مهر المثل: أي وكان أكثر من المسمى فينبغي قبولها. قال شيخنا: وهذا داخل في قولهم: يقبل اعترافهما في حقهما اهـ وإذا سمعت البينة حينئذ تبين بها بطلان النكاح، ويكون ذلك حيلة في دفع المحلل **(ولا أثر)** بالنسبة للتفريق بين الزوجين **(لقول الشاهدين كنا)** عند العقد **(فاسقين)** لأن الحق ليس لهما، فلا يقبل قولهما على الزوجين، أما بالنسبة لغير تفريق الزوجين فقد يظهر أثره فيما لو حضرا عقد أختهما ونحوها ثم قالا ذلك وماتت وهما وارثاها، فإن قولهما يؤثر في سقوط المهر قبل الدخول وفي فساد المسمى بعده، نبه على ذلك الأذرعي وغيره **(ولو اعترف به)** أي بفسق الشاهدين **(الزوج وأنكرت)** ذلك الزوجة **(فرّق بينهما)** مؤاخذة له بقوله، وهي فرقة فسخ على الصحيح، فلا تنقص عدد الطلاق كإقراره بالرّضاع؛ لأنه لم ينشىء طلاقاً ولم يقرّ به، وقيل: هي طلقة بائنة تنقصه كما لو نكح أمة وقال: نكحتها وأنا واجد طول حرّة، فإن تبين منه بطلقة نصّ عليه، واستشكل السبكي كلا من الوجهين بأن كلًا من الفسخ والطلاق يقتضي وقوع عقد صحيح، وهو ينكره. قال: فالوجه تأويل قولهم: الفسخ على الحكم بالبطلان وتأويل الحكم بالطلاق على أنه في الظاهر دون الباطن **(وعليه)** إذا اعترف بالفسق **(نصف)** ما سماه من **(المهر إن لم يدخل بها، وإلا)** بأن دخل بها **(فكله)** لأن حكم اعترافه مقصور عليه جرياً على القاعدة، ولا يرثها وترثه بعد حلفها أنه عقد بعدلين.

تنبيه: احترز بالزوج عما لو اعترفت الزوجة بالفسق وأنكر الزوج فإنه لا يفرق بينهما بل يقبل قوله عليها بيمينه؛ لأن العصمة بيده وهي تريد رفعها والأصل بقاؤها، وتؤاخذ بإقرارها بالنسبة لما يضرّها، فلو مات لم ترثه وإن ماتت أو طلقها قبل وطء سقط المهر أو بعده فلها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل، قال ابن الرفعة: إلا إذا كانت محجورة بسفه فإن ذلك لم يسقط لفساد إقرارها في المال والأمة كذلك، قال في المهمات: وسقوط المهر قبل الدخول ينبغي تقييده بما إذا لم تقبضه، فإن قبضته فليس له استرداده اهـ أي لأنها تقرّ له به وهو ينكره فيبقى في يدها ولو قالت: نكحتني بغير وليّ وشهود فقال: بل بهما نقل ابن الرفعة عن الذخائر أن القول قولها؛ لأن ذلك إنكار لأصل العقد. قال الزركشي: وهو ما نصّ عليه في الأمّ اهـ وهذا أحد قولين للإمام الشافعي رضي الله عنه، والقول الثاني: القول قوله بيمينه وهو المعتمد، نبه على ذلك شيخي تغمده الله برحمته **(ويستحب الإشهاد على رضا المرأة)**

حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ.

فَصْلٌ

لَا تُزَوِّجُ امْرَأَةٌ نَفْسَهَا بِإِذْنٍ،

بالنكاح بقولها كأن قالت: رضيت أو أذنت فيه (**حيث يعتبر رضاها**) بأن كانت غير مجبرة احتياطاً ليؤمن إنكارها (**ولا يشترط**) الإشهاد في صحة النكاح؛ لأنه ليس من نفس العقد وإنما هو شرط فيه ورضاها الكافي في العقد يحصل بإذنها وببينة، وكذا بإخبار وليها مع تصديق الزوج.

تنبيه: قضية التعبير بمن يعتبر رضاها أنه لا يستحب الإشهاد المذكور حيث لا يعتبر رضاها كتزويج الأب البكر البالغة، لكن قال الأذرعي: ينبغي استحبابه صيانة للعقد من أن ترفعه إلى من يعتبر إذنها من الحكام فيبطله إذا جحدته اهـ وهو بحث حسن، وشمل إطلاق المصنف وغيره ما لو كان المزوّج هو الحاكم وهو كذلك، وبه أفتى القاضي والبغوي وإن أفتى ابن عبد السلام والبلقيني بخلافه، وهو أن الحاكم لا يزوّجها حتى يثبت عنده إذنها. ثم شرع في الركن الرابع والخامس، وهما الزوج والوليّ، أو النائب عن كل منهما مترجماً لذلك بفصل فقال:

فَصْلٌ

(**لا تزوج امرأة نفسها**)[1] أي لا تملك مباشرة ذلك بحال لا (**بإذن**) ولا بغيره سواء الإيجاب

---

(١) اتفق العلماء على أن الأنثى إذا كانت صغيرة أو مجنونة أو أمة لا يصح لها أن تباشر عقد النكاح؛ لأنهم اتفقوا على أن الولي شرط في صحة نكاحهن.

واختلف الفقهاء في الحرة البالغة العاقلة هل لها أن تباشر عقد النكاح لنفسها ولغيرها أو لا؟

فمنهم من منع المرأة من مباشرة النكاح مطلقاً بكراً كانت أو ثيباً شريفة أو دنيئة أذن لها الولي أو لم يأذن، فإن وقع وباشرت العقد فهو فاسد بفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، ولو طال الزمن وولدت الأولاد. وهذا مذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الثلاثة مالك، والشافعي، وأحمد، وكثيرٌ من الصحابة.

استدل أبو حنيفة ومن وافقه بالمنقول والمعقول.

أما المنقول: فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ وقوله تعالى: ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾ وقوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾.

ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله سبحانه وتعالى أسند النكاح في الآية الأولى والثانية إلى المرأة، والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي، فدل ذلك على صحة النكاح عند مباشرتها العقد بنفسها من غير مباشرة الولي أو إذنه، وأما في الآية الثالثة فإن قوله تعالى: ﴿فيما فعلن في أنفسهن﴾ صريح في أنها هي التي تفعل في نفسها ما تشاء، ومن ذلك أن تباشر عقد نكاحها.

وأما السنة: فأولاً: ما رواه الجماعة إلا البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وصماتها إقرارها» وفي لفظ مسلم: =

والقبول، إذ لا يليق بمحاسن العادات دخولها فيه لما قصد منها من الحياء وعدم ذكره أصلاً،

= «وإذنها صماتها» وفي لفظ آخر: «البكر تستأذن، وإذنها سكوتها».

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي ﷺ شارك بينها وبين الولي ثم قدمها عليه بقوله: «أحق بنفسها» وقد صح العقد من الولي فصحته منها أولى. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الحديث بروايته يدل صراحة على توقف العقد على رضا المرأة، وليس من المعقول ولا من المعهود شرعاً أن يعتبر رضا شخص في صحة تصرف ثم يحكم عليه بالفساد إذا باشره بنفسه.

وثانياً: ما ورد في تزوجه ﷺ أم سلمة لما بعث إليها يخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال عليه الصلاة والسلام: «ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك». ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه لم يحضر أحد من أولياء أم سلمة هذا العقد، وهي التي باشرته بنفسها، فدل ذلك على صحة النكاح بمباشرة المرأة العقد، وهو يدل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض إذا كان الزوج كفئاً.

وأمَّا المعقول: فقد قالوا فيه: إن المرأة عند مباشرتها العقد بنفسها إنما تصرفت في خالص حقها، وهي من أهل التصرف إذ أنها بالغة عاقلة، ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه فهو صحيح، وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب المرأة إلى الوقاحة.

وقد نوقشت أدلة الحنفية بما يأتي:

فقد قيل لهم في الآيات التي أضيف فيها النكاح إلى المرأة: إن الإضافة فيها على طريق الإسناد المجازي والعلاقة المحلية، وأيضاً فإنه لا يكون نصاً في جواز مباشرتها العقد بنفسها، وإنما هو نص في تحصيل العقد لكن بمباشرة من؟ هذا مسكوت عنه، وبينت السنة أنه لا يصح للمرأة أن تباشر النكاح، وأنها إذا باشرته كان فاسداً كما في حديث عائشة رضي الله عنها حيث روي أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل» الحديث.

وأما قوله تعالى: ﴿فيما فعلن في أنفسهن﴾ فسياق الآية يقتضي بأن هذا في غير النكاح إذ الآية قبلها في عدة الوفاة، والمرأة فيها ممنوعة من الزينة والخروج مأمورة بالإحداد، فرفع الله عنها هذه القيود التي التزمتها في العدة بقوله: ﴿فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن﴾.

ويقال لهم في الحديث الأول: إنه يحتمل أن تكون أحق من وليها في الأذن والعقد، ويحتمل أن تكون أحق منه في الإذن والرضا بأن لا تزوج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر، والمراد هنا الاحتمال الثاني، وهو أنه لا يعقد عليها إلا بإذنها ورضاها، ومما يؤيد أن المراد الاحتمال الثاني قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي» مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي.

ويقال لهم في حديث أم سلمة: إنه محمول على الخصوصية، فقد عهد اختصاص النبي ﷺ في باب النكاح بأمور كثيرة إذ أننا إنما تحتاج للولي لرعاية المصلحة إذ أن المرأة لنقصان عقلها قد تخدع، والنبي ﷺ خير زوج فلا يصح لإنسان أن ينظر بعد نظره.

وأما المعقول: فيقال لهم فيه: لا نسلم أنها عند مباشرتها العقد تكون قد تصرفت في خالص حقها، بل تصرفت في أمر تعلق به حق الأولياء، وما من شك في أن مشروعية النكاح على الأصالة إنما هي بناء الأسر والمحافظة على الأعراض التي لا يصونها إلا ولي خاص يؤمن على العرض من تلويثه.

واستدل الشعبي والزهري بقول النبي ﷺ لأم سلمة: «ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك» جواباً لقولها: ليس أحد من أوليائي شاهداً، فإنه يدل على صحة العقد من المرأة حيث لا يكون هناك موجب لكراهة الأولياء، بأن توفرت الكفاءة. ويدل بمفهومه على خلاف هذا ويقال للشعبي والزهري في استدلالهما بهذا الحديث ما قلناه فيه عند مناقشة أدلة الحنفية.

واستدل محمد بن الحسن: بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما =

وقد قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]. قال الشافعي رضي الله عنه: =

= امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن المرأة إذا نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، ويدل بمفهومه على أنها إذا نكحت نفسها بإذن وليها فنكاحها صحيح، ويقول: إن الإذن أعم من أن يكون سابقاً أو لاحقاً.

ويقال له في استدلاله بهذا الحديث: إنه استدلال بالمفهوم وأنت لا تقول به، واستدل أبو ثور على أن الشرط هو إذن الولي بنفس حديث عائشة الذي استدل به محمد بن الحسن.

ووجه الدلالة فيه أنه صريح في أن نكاح المرأة نفسها إنما يكون باطلاً إذا كان بغير إذن الولي، ومفهومه أنها لو نكحت نفسها بإذن وليها صح نكاحها، ويرد هذا بأنه استدلال بالمفهوم، والمفهوم إنما يستدل به إذا لم يخرج الكلام مخرج الغالب، وهنا كذلك.

واستدل داود الظاهري ومن وافقه بحديث: «الثيب أحق بنفسها من وليها».

ووجه الدلالة فيه أنه صريح في أن الثيب أحق بنفسها من وليها، ومن ذلك أن تباشر عقد نكاحها.

ويرد هذا بأن النبي ﷺ أثبت لها حقاً، ومعناه أنها أحق بنفسها في أن لا يعقد عليها الولي إلا برضاها، لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها على أن داود كما قال النووي: قد ناقض مذهبه في شرط الولي في البكر دون الثيب؛ لأنه إحداث قول في مسألة مختلف فيها، ولم يسبق إليه، ومذهبه أنه لا يجوز ذلك على أن الزواج إليهم لا إلى النساء.

وأما السنة: فأولاً ما رواه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي عليه الصلاة والسلام: نهى المرأة عن أن تزوج نفسها، فدل ذلك على فساد نكاحها؛ لأن النهي إذا رجع إلى ذات الفعل يدل على الفساد، ويؤيده قوله في آخر الحديث: «فإن الزانية هي التي تزوج نفسها».

وثانياً: بما روى أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي» صححه ابن حبان. والحاكم، وذكر له الحاكم طرقاً، وقال: قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة، وزينب بنت جحش ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً.

وهذا الحديث صريح في أن النكاح لا يصح بدون الولي.

وثالثاً: بما روى الخمسة إلا النسائي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت نفسها بدون إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ حكم على نكاحها نفسها بدون إذن وليها بالبطلان، وكرر ذلك ثلاثاً لتأكيد بطلانه، فهو قاصد باشتراط الولي في صحة النكاح.

وأما المعقول: فقد قالوا: إن النكاح له مقاصد شتى، وهو رباط بين الأسر والمرأة لا تحسن الاختيار لقلة ما لديها من الاختبار، لا سيما أنها تخضع لحكم العاطفة التي تغطي عليها جهة المصلحة، فتحصيلاً لهذه المقاصد على الوجه الأكمل قلنا بمنعها من مباشرة العقد.

وقد نوقشت أدلة الجمهور بما يأتي:

فقد قيل لهم في الآية الأولى: إن معنى النهي فيها التحذير عن منعهن من مباشرة العقد بأنفسهن، فدل ذلك على صحته منهن استقلالاً، وإلا لم يكن للتحذير معنى، على أننا لا نسلم أن النهي للأولياء بل هو للأزواج بدليل صدر الآية إذ يقول الله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن﴾ فقوله: ﴿فلا =

وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] أصرح دليل على اعتبار

= تعضلوهن﴾ إنما هو خطاب لمن طلق لا للأولياء حتى لا يختل النظم الكريم، وإذا كان كذلك، كان معناه لا تعضلوهن أيها الأزواج أي لا تمنعوهن حساً بعد انقضاء العدة أن يتزوجن أو لا تمنعوهن بإطالة العدة عليهن كما قال في آية أخرى: ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا﴾.

وترد هذه المناقشة بما ورد في سبب النزول من أن العاضل هو معقل، وهو ولي لا زوج، وليس في ذلك ما يخل بالنظم الكريم؛ لأن محل ذلك إذا خفي المراد وحصل الاشتباه، أما إذا ظهر المراد ولم يكن هناك اشتباه فلا بأس من تفكيك الضمائر، وقد عهد في القرآن الكريم تحويل الخطاب، ولو كان منعه يدل على صحة النكاح بمباشرتها كما قيل لأباح لها النبي ﷺ أن تباشر النكاح بنفسها، ولما قال لمعقل: إن كنت مؤمناً فزوجها.

على أنه يحتمل أن يكون الخطاب في صدر الآية للأولياء، ويكون معنى إسناد الطلاق إليهم أنهم سبب له لكونهم المزوجين للنساء المطلقات من الأزواج وعلى هذا لا اختلاف في النظم الكريم.

ويقال لهم في الآية الثانية والثالثة: إنه يحتمل أن يكون الخطاب فيهما لعامة المؤمنين لا لخصوص الأولياء، وإلا لأمرهم بمباشرة عقد الزواج. فيكون من باب التشريع العام للمسلمين بأن يكون المراد بالإنكاح ما يشمل العقد وتسهيله والحث عليه والتعاون فيه بإعطاء المال، واختيار الكفء وغير ذلك، على أن المقصود من الآية الثانية هو اشتراط إيمان الزوج إذا كانت الزوجة مؤمنة.

ويجاب عن هذه المناقشة بأننا لا نسلم أن الخطاب يحتمل أن يكون لعامة المسلمين بل هو للأولياء، ومما يرجح كونه للأولياء قوله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه» إذ أن المعروف أن من أراد أن يخطب امرأة يأتي وليها فقط.

وأما الأحاديث التي تمسك بها الجمهور فقد نوقشت بما يأتي:

أما الحديث الأول فقد قيل لهم فيه: إن ابن كثير قال فيه: الصحيح وقفه على أبي هريرة، وعلى تسليم رفعه فغايته التنفير من استبداد المرأة بنفسها في النكاح، وترد هذه المناقشة بأننا لا نسلم أن الحديث غير مرفوع، بل هو مرفوع، وقد حكى رفعه يحيى بن معين، وليس المراد منه التنفير كما قيل؛ لأن النهي ظاهر في عدم الصحة.

وقيل لهم في الحديث الثاني: إنه حديث ضعيف مضطرب في إسناده، فقد روي موصولاً ومنقطعاً ومرسلاً فلا تقوم به حجة على أصلكم، وعلى تسليم صحة الاحتجاج به بناء على تقديم الوصل على الانقطاع عند التعارض، فغايته أنه حسن، وهو لا يعارض الحديث الصحيح، وهو حديث: «الأيم أحق بنفسها».

وترد هذه المناقشة: بأن ابن حبان والحاكم صححاه، وذكر له الحاكم طرقاً، وقال: صحت فيه الرواية عن أزواج النبي ﷺ، عائشة، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، ثم ذكر تمام ثلاثين صحابياً، وقد قال المروزي: سألت أحمد ويحيى عن حديث: «لا نكاح إلا بولي» فقالا صحيح، ولا نسلم معارضته لحديث: «الأيم أحق بنفسها» وذلك لما قلناه في معناه من أن المراد أن أحق بنفسها في أن لا يعقد عليها الولي إلا برضاها، لا أنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها بدون وليها، ويقال لهم في الحديث الثالث ما يأتي:

أولاً: إن هذا الحديث روي من جملة طرق مدارها على ابن شهاب الزهري، فبعضها من رواية ابن جريج، وبعضها من رواية الحجاج بن أرطاة، وبعضها من رواية ابن لهيعة، وابن لهيعة معروف، والحجاج ضعيف، ولم يثبت سماعه من الزهري فهو موقوف، وأما رواية ابن جريج فقد أخبر ابن علية أن ابن جريج قال: لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره.

ثانياً: إن هذا الحديث روي عن عائشة، وقد زوجت حفصة بنت عبد الرحمن وقد كان غائباً.

ثالثاً: إنه يخالف مذهب الجمهور، فإن مفهومه، وهم يحتجون بالمفهوم يدل على صحة النكاح إذا =

الوليّ وإلا لما كان لعضله معنى، ولخبر: «لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيّ»(١)، وروى ابن ماجة خبر: «لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلَا الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا»(٢) وأخرجه الدارقطني بإسناد على شرط الشيخين. نعم لو عدم الوليّ والحاكم فولت مع خاطبها أمرها رجلاً مجتهداً ليزوجها منه صح؛ لأنه محكم والمحكم كالحاكم، وكذا لو ولت معه عدلاً صح على المختار وإن لم يكن مجتهداً لشدّة الحاجة إلى ذلك، وهذا ما جرى عليه ابن المقري تبعاً لأصله. قال في المهمات: ولا يختص ذلك بفقد الحاكم، بل يجوز مع وجوده سفراً وحضراً بناء على الصحيح في جواز التحكيم كما هو مذكور في كتاب القضاء. قال الوليّ العراقي: ومراد المهمات ما إذا كان المحكم صالحاً للقضاء. وأما الذي اختاره النووي أنه يكفي العدالة، ولا يشترط أن يكون صالحاً للقضاء فشرطه السفر وفقد القاضي. وقال الأذرعي: جواز ذلك مع وجود القاضي بعيد من المذهب والدليل؛ لأن الحاكم وليّ حاضر، ويظهر الجزم بمنع الصحة إذا أمكن التزويج من جهته،

= باشرته المرأة بإذن وليها.

يجاب عن المناقشة الأولى بأن المخالف يحتج برواية كل من ابن لهيعة، والحجاج، فكيف لا يحتج بها عند الاجتماع؟ وأما رواية ابن جريج إنكار الزهري لرواية سليمان بن موسى فقد ضعفها ابن معين، فقد أخرج عنه البيهقي من طرق منها أن جعفر الطيالسي قال: سمعت ابن معين يوهن رواية ابن علية عن ابن جريج أنه أنكر معرفة حديث سليمان بن موسى، وقال: لم يذكره عن ابن جريج غير ابن علية، وإنما سمع ابن علية من ابن جريج سماعاً ليس بذاك.

ولو ثبت هذا عن الزهري لم يكن في ذلك حجة؛ لأنه قد نقله عنه ثقات منهم سليمان بن موسى، وهو إمام ثقة وجعفر بن ربيعة، فلو نسبه الزهري لم يضره ذلك، فإن من حفظ حجة على من نسي، فإذا روى الحديث ثقة فلا يضره نسيان من نسيه.

ويجاب عن المناقشة الثانية بما قاله البيهقي، ونحن نحمل قوله: زوجت أي مهدت أسباب التزويج، وأضيف النكاح إليها لاختيارها ذلك وإذنها فيه ثم أشارت على من ولي أمرها عند غيبة أبيها حتى عقد النكاح، ويؤيد هذا ما رواه ابن جريج عن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر عن أبيه عن عائشة أنها أنكحت رجلاً هو المنذر بن الزبير امرأة من بني أخيها، فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلاً فأنكح، ثم قالت: فإن المرأة لا تلي عقد النكاح، فالوجه أن عائشة قررت المهر وأحوال النكاح، وتولى العقد أحد عصبتها، ونسب العقد إليها لما كان تقريره إليها.

ويجاب عن المناقشة الثالثة: بأن المفهوم هنا معطل؛ لأن الكلام خرج مخرج الغالب.

وأما المعقول فقد قيل لهم فيه: إن تحصيل المقاصد المذكورة لا يتوقف على مباشرة الولي العقد بنفسه بل يكفي أن يأذن لها، وليباشر العقد بعد ذلك من يباشره.

وترد هذه المناقشة بأن مباشرة المرأة للعقد تتنافى ومحاسن الشريعة الإسلامية وآدابها، فإن المرأة تنسب إلى الوقاحة والخروج عن مألوف العادات، وكيف يقوم هذا وقد قامت الأدلة القوية على أن المرأة ممنوعة من مباشرة العقد بنفسها؟!

(١) أخرجه أحمد في المسند ٤/٣٩٤ والدارمي ٢/١٣٧ وأبو داود ٢/٥٦٨ (٢٠٨٥) والترمذي ٣/٤٠٧ (١١٠١) وابن ماجة ١/٦٠٥ (١٨٨١) وابن حبان كذا في الموارد (١٢٤٣) والحاكم في المستدرك ٢/١٦٩.

(٢) أخرجه الدارقطني ٣/٢٢٧ وابن ماجة (١٨٨٢) وذكره المتقي الهندي في الكنز (١٣٠١٥).

وَلاَ غَيْرَهَا بِوَكَالَةٍ، وَلاَ تَقْبَلُ نِكَاحاً لِأحَدٍ، وَالْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ بِلاَ وَلِيٍّ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ، لَا الحَدَّ،

وكلام الشافعي مؤذن بأن موضع الجواز عند الضرورة، ولا ضرورة مع إمكان التزويج من حاكم أهل حاضر بالبلد وبسط ذلك، وهذا يؤيد ما جرى عليه الولي العراقي، وهو المعتمد، ويستثنى من إطلاقه ما لو زوجت امرأة نفسها في الكفر فإنه يقرّ على ذلك بعد الإسلام **(ولا)** تزوج امرأة **(غيرها بوكالة)** عن الوليّ ولا بولاية، ولو وكل ابنته مثلاً أن توكل رجلاً في نكاحها لا عنها بل عنه، أو أطلق صح؛ لأنها سفيرة بين الوليّ والوكيل، بخلاف ما لو وكّلت عنها.

تنبيه: يستثنى من إطلاقه ما لو ابتلينا بإمامة امرأة فإن أحكامها تنفذ للضرورة كما قاله ابن عبد السلام وغيره وقياسه تصحيح تزويجها، ولا يعتبر إذن المرأة في نكاح غيرها إلا في ملكها، أو في سفيه، أو مجنون هي وصية عليه **(ولا تقبل نكاحاً لأحد)** بولاية ولا وكالة إذ لا يصح لها فلا تتعاطاه للغير.

تنبيه: الخنثى في ذلك كالمرأة كما جزم به ابن مسلم في كتاب الخناثي وقاله في المجموع بحثاً في نواقض الوضوء، وقال: لم أرَ فيه نقلاً اهـ نعم لو زوج الخنثى أخته ثم بان ذكراً فقياس ما سبق في الشاهد الصحة. قال الزركشي: وبه جزم السبكي في كتاب الخناثي **(والوطء)** ولو في الدبر **(في نكاح)** بشهود **(بلا وليّ)** كتزويجها نفسها، أو بوليّ بلا شهود ولم يحكم حاكم بصحته ولا ببطلانه لا يوجب المسمى بل **(يوجب مهر المثل)** لفساد النكاح ولخبر: «أَيُّمَا امْرَأَةٌ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ثلاثاً، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ» رواه الترمذي وحسنه وابن حبان والحاكم وصححا[1]، ويستثنى من إيجاب المهر ما إذا كان الناكح محجوراً عليه بسفه كما سيأتي.

تنبيه: اقتصاره على المهر يفهم أن لا يلزمه معه أرش بكارة لو كانت بكراً وهو ما صرّح به في المجموع في الكلام على البيع الفاسد فإنه نقل ذلك عن الشافعي والأصحاب، وفرق بينه وبين البيع الفاسد بأن إتلاف البكارة مأذون فيه في النكاح الفاسد كما في النكاح الصحيح، بخلاف البيع الفاسد فإنه لا يلزم منه الوطء و **(لا)** يوجب الوطء في النكاح المذكور **(الحدّ)** سواء أصدر ممن يعتقد تحريمه أم لا لشبهة اختلاف العلماء في صحة النكاح، لكن يعذر معتقد تحريمه لارتكابه محرّماً لا حدّ فيه ولا كفارة، ولو لم يطأ الزوج في هذا النكاح المذكور

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ٢/١١ وأحمد في المسند ٦/٦٦ والدارمي ٢/١٣٧ وأبو داود ٢/٥٦٦ (٢٠٨٣) والترمذي ٣/٤٠٧ (١١٠٢) وابن ماجة ١/٦٠٥ (٢٨٧٩) وابن حبان كذا في الموارد (١٢٤٨) والحاكم في المستدرك ٢/١٦٨ وقال: صحيح على شرط الشيخين وذكر له متابعة.

وَيُقْبَلُ إِقْرارُ الْوَلِيِّ بِالنِّكَاحِ إِنِ اسْتَقَلَّ بِالإِنْشَاءِ، وَإِلاَّ فَلاَ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِالنِّكَاحِ عَلَى الجَدِيدِ،

فزوّجها وليها قبل التفريق بينهما صح، ولو طلقها ثلاثاً لم يفتقر في صحة نكاحه لها إلى محلل لعدم وقوع الطلاق؛ لأنه إنما يقع في نكاح صحيح، ولو حكم بصحته أو ببطلانه حاكم يراه لم ينقض حكمه، فلو وطئها بعد الحكم ببطلانه حدّ كما قاله الماوردي وامتنع على الحاكم المخالف بعد ذلك الحكم بصحته. أما الوطء في نكاح بلا وليّ ولا شهود فإنه يوجب الحد جزماً لانتفاء شبهة العلماء، ثم أشار المصنف رحمه الله إلى قاعدة، وهي أن من ملك الإنشاء ملك الإقرار غالباً ومن لا فلا بقوله: (**ويقبل إقرار الوليّ**) على موليته (**بالنكاح**) بعدلين وإن لم توافقه البالغة العاقلة عليه (**إن استقلّ بالإنشاء**) وقت الإقرار بأن كان مجبراً والزوج كفئاً؛ لأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار غالباً كما مرّ (**وإلا**) بأن لم يكن مستقلاً بإنشاء النكاح وقت الإقرار لكونه غير مجبر (**فلا**) يقبل إقراره عليها لعجزه عن الإنشاء إلا بإذنها.

تنبيه: يدخل في عبارة المصنف لولا الذي قدّرته ما إذا استقلّ بالإنشاء وكان عند الإقرار غير مستقل كما لو كانت ثيباً ادعى أنه زوجها حين كانت بكراً فإنه لا يقبل قوله وإن كان استقلّ بالإنشاء، وعبارة المحرر يقبل إقرار الوليّ بالنكاح إذا كان مستقلاً بالإنشاء. قال السبكي: وهو أحسن من تعبير المنهاج؛ لأن معناه وصفه بذلك حين الإقرار، ثم استثنى من عكس القاعدة المذكورة ما تضمنه قوله: (**ويقبل إقرار البالغة العاقلة**) الحرّة ولو سفيهة فاسقة بكراً كانت أو ثيباً (**بالنكاح**) من زوج صدقها على ذلك ولو غير كفء (**على الجديد**) وإن كذبها الوليّ والشاهدان إن عينتهما، أو قال الوليّ: ما رضيت إذا كان الزوج غير كفء؛ لأن النكاح حق الزوجين فثبت بتصادقهما كغيره من العقود، ولاحتمال نسيان الوليّ والشاهدين وكذبهم، ولا بدّ من تفصيلها الإقرار فتقول: زوّجني منه وليي بحضرة عدلين ورضائي إن كانت ممن يعتبر رضاها. فإن قيل: سيأتي في الدعاوي أنه يكفي إقرارها المطلق فيكون هنا كذلك أجيب بأن ذاك محله في إقرارها الواقع في جواب الدعوى وما هنا في إقرارها المبتدأ، ولو كان أحد الزوجين رقيقاً اشترط مع ذلك تصديق سيده كما بحثه الزركشي في الأمة، ومثلها العبد، فإن لم يصدّقها الزوج لم يحلّ لها أن تنكح غيره في الحال كما قاله القفال اعتباراً بقولها في حق نفسها، وطريق حلها أن يطلقها كما في نظيره من الوكيل وغيره والقديم إن كانا غريبين يثبت النكاح وإلا طولب بالبينة لسهولتها، وعن القديم عدم القبول مطلقاً وهو قضية كلام المصنف ومنهم من نفاه عن القديم وحمله على الحكاية عن الغير، وإن أقرت لزوج والمجبر لآخر فهل يقبل إقراره أو إقرارها أو السابق أو يبطلان جميعاً؟ احتمالات للإمام. قال الزركشي: والصواب تقديم السابق، فإن أقرّا معاً فالأرجح تقديم إقرار المرأة لتعلق ذلك ببدنها وحقها، ولو جهل فهل يتوقف أو يبطلان؟ فيه احتمالان لصاحب المطلب اهـ وينبغي أن يعمل بإقرارها؛ لأنا

وَلِلأَبِ تَزْوِيجُ الْبِكْرِ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً بِغَيْرِ إِذْنِهَا، وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُها،

تحققنا وشككنا في المفسد والأصل عدمه، ونقل في الأنوار عن التلخيص ترجيح السقوط مطلقاً، ولو ادّعى نكاح امرأة وذكر شرائط العقد وصدقته المرأة ففي فتاوى القاضي أنه لا يجب عليه صداقها؛ لأن هذا إقرار باستدامة النكاح واستدامته تنفك عن الصداق.

فرع: لو قالت امرأة مشيرة إلى شخص: هذا زوجي فسكت فماتت ورثها ولو مات هو لم ترثه، وإن قال هو: هذه زوجتي فسكتت فمات ورثته وإن ماتت لم يرثها على النص، واعلم أن أسباب الولاية أربعة، السبب الأول الأبوة وقد شرع فيه فقال **(وللأب)** ولاية الإجبار وهي **(تزويج)** ابنته **(البكر صغيرة أو كبيرة)** عاقلة أو مجنونة إن لم يكن بينه وبينها عداوة ظاهرة **(بغير إذنها)** لخبر الدارقطني: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنَّ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا»(١). ورواية مسلم: «والْبِكْرُ يَسْتَأْمِرُهَا أَبُوهَا» حملت على الندب، ولأنها لم تمارس الرجال بالوطء فهي شديدة الحياء، أما إذا كان بينه وبينها عداوة ظاهرة فليس له تزويجها إلا بإذنها بخلاف غير الظاهرة؛ لأن الولي يحتاط لموليته لخوف العار وغيره وعليه يحمل إطلاق الماوردي والروياني الجواز.

تنبيه: لتزويج الأب بغير إذنها شروط. الأول: أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة كما مرّ. الثاني: أن يزوجها من كفء. الثالث: أن يزوجها بمهر مثلها، الرابع: أن يكون من نقد البلد، الخامس: أن لا يكون الزوج معسراً بالمهر. السادس: أن لا يزوجها بمن تتضرر بمعاشرته كأعمى وشيخ هرم. السابع: أن لا يكون قد وجب عليها الحج، فإن الزوج قد يمنعها لكون الحج على التراخي ولها غرض في تعجيل براءة ذمتها. قاله ابن العماد، وهل هذه الشروط المذكورة شروط لصحة النكاح بغير الإذن أو لجواز الإقدام فقط؟ فيه ما هو معتبر لهذا وما هو معتبر لذاك، فالمعتبر للصحة بغير الإذن أن لا يكون بينها وبين وليها عداوة ظاهرة وأن يكون الزوج كفئاً وأن يكون موسراً بحال الصداق، وليس هذا مفرعاً على اعتبار كون اليسار معتبراً في الكفاءة كما هو رأي مرجوح كما قاله الزركشي، بل لأنه بخسها حقها وما عدا ذلك شروط لجواز الإقدام، قال الوليّ العراقي: وينبغي أن يعتبر في الإجبار أيضاً انتفاء العداوة بينها وبين الزوج اهـ وإنما لم يعتبر ظهور العداوة هنا كما اعتبر ثم لظهور الفرق بين الزوج والولي المجبر، بل قد يقال كما قال شيخنا: إنه لا حاجة إلى ما قاله؛ لأن انتفاء العداوة بينها وبين الوليّ يقتضي أن لا يزوجها إلا ممن يحصل لها منه حظ ومصلحة لشفقته عليها، أما مجرد كراهتها له من غير ضرر فلا تؤثر، لكن يكره لوليها أن يزوجها منه كما نص عليه في الأم **(ويستحب استئذانها)** أي البكر إذا كانت مكلفة لحديث مسلم السابق وتطييباً لخاطرها، أما غير المكلفة فلا إذن لها، ويسنّ استفهام المراهقة وأن لا يزوج الصغيرة حتى تبلغ، والمستحب في الاستئذان أن يرسل إليها نسوة ثقات ينظرن ما في نفسها والأم بذلك أولى لأنها تطلع على ما لا

(١) أخرجه مسلم ٢/١٠٣٧ (٦٧ - ١٤٢١).

وَلَيسَ لَهُ تَزْوِيجُ ثَيِّبٍ إلَّا بِإذْنِهَا، فَإنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَمْ تُزوَّجْ حَتَّى تَبْلُغَ، والجَدُّ كالأَبِ عِنْدَ عَدَمِهِ، وَسَوَاءٌ زَالَتِ الْبَكَارَةُ بِوَطْءٍ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ، وَلَاأَثَرَ لِزَوَالِهَا بِلَا وَطْءٍ كَسَقْطَةٍ في الأَصَحِّ، وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ كَأَخٍ وَعَمّ لَا يُزَوِّجُ صَغِيرَةً بِحَالٍ،

يطلع عليه غيرها (**وليس له تزويج ثيب**) بالغة وإن عادت بكارتها كما صرّح به أبو خلف الطبري في شرح المفتاح (**إلا بإذنها**) لخبر الدارقطني السابق وخبر: «لَا تَنْكِحُوا الأَيَامَى حَتَّى تَسْتَأْمِرُوهُنَّ» رواه الترمذي. وقال: حسن صحيح، ولأنها عرفت مقصود النكاح فلا تجبر بخلاف البكر (**فإن كانت**) تلك الثيب (**صغيرة**) غير مجنونة وغير أمة (**لم تزوج**) سواء احتملت الوطء أم لا (**حتى تبلغ**) لأن إذن الصغيرة غير معتبر فامتنع تزويجها إلى البلوغ، أما المجنونة فيزوجها الأب والجد عند عدمه قبل بلوغها للمصلحة كما سيأتي، وأما الأمة فلسيدها أن يزوجها وكذا لولي السيد عند المصلحة (**والجد**) أبو الأب وإن علا (**كالأب عند عدمه**) أو عدم أهليته فيما ذكر لأن له ولاية وعصوبة كالأب ويزيد الجد عليه في صورة واحدة وهي تولي طرفي العقد كما سيأتي بخلاف الأب ووكيل الأب والجد كالأب والجد، لكن وكيل الجد لا يتولى الطرفين كما سيأتي (**وسواء**) في حصول الثيوبة واعتبار إذنها (**زالت البكارة بوطء**) في قبلها (**حلال**) كالنكاح (**أو حرام**) كالزنا أو بوطء لا يوصف بهما كشبهة كما شمله عبارة المحرر بقوله: بالوطء الحلال أو غيره؛ لأن وطء الشبهة لا يوصف بحل ولا بحرمة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون في نوم أو يقظة (**ولا أثر لزوالها بلا وطء**) في القبل (**كسقطة**) وحدة طمث وطول تعنيس وهو الكبر أو بأصبع ونحوه (**في الأصح**) وعبر في الروضة بالصحيح بل حكمها حكم الأبكار؛ لأنها لم تمارس الرجال فهي على غباوتها وحيائها، والثاني: أنها كالثيب فيما ذكر، وصححه المصنف في شرح مسلم لزوال العذرة وخرج بقيد الوطء في القبل الوطء في الدبر فإنه لا أثر له على الصحيح؛ لأنها لم تمارس الرجال بالوطء في محل البكارة.

تنبيه: قضية كلام المصنف كغيره أن البكر لو وطئت في قبلها ولم تزل بكارتها بأن كانت غوراء كسائر الأبكار وهو كذلك كنظيره الآتي في التحليل على ما يأتي فيه وإن كان قضية تعليلهم بممارسة الرجال خلافه كما أن قضيته كذلك إذا زالت بذكر حيوان غير آدمي كقرد مع أن الأوجه أنها كالثيب، ولو خلقت بلا بكارة فحكمها حكم الأبكار كما حكا في زيادة الروضة عن الصميري وأقرّه وتصدّق المكلفة في دعوى البكارة وإن كانت فاسقة. قال ابن المقري: بلا يمين وكذا في دعوى الثيوبة قبل العقد وإن لم تتزوج ولا تسئل عن الوطء، فإن ادعت الثيوبة بعد العقد وقد زوجها الوليّ بغير إذنها نطقاً فهو المصدّق بيمينه لما في تصديقها من إبطال النكاح بل لو شهدت أربع نسوة عند العقد لم يبطل لجواز إزالتها بأصبع أو نحوه، أو أنها خلقت بدونها كما ذكره الماوردي والروياني، وإن أفتى القاضي بخلافه (**ومن على حاشية النسب كأخ وعم**) لأبوين أو لأب وابن كل منهما (**لا يزوج صغيرة بحال**) بكراً كانت أو ثيباً

وَتُزَوَّجُ الثَّيِّبُ الْبَالِغَةُ بِصَرِيحِ الإِذْنِ، وَيَكْفِي في الْبِكْرِ سُكُوتُهَا في الأَصَحِّ، وَالْمُعْتِقُ،

عاقلة أو مجنونة؛ لأنها إنما تزوج بالإذن وإذنها غير معتبر **(وتزوج الثيب)** العاقلة **(البالغة بصريح الإذن)** للأب أو غيره ولا يكفي سكوتها لحديث: «لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ» رواه أبو داود وغيره. وقال البيهقي: رواته ثقات، ولو أذنت بلفظ التوكيل جاز على النص كما نقله في زيادة الروضة عن حكاية صاحب البيان؛ لأن المعنى فيهما واحد، وإن قال الرافعي: الذين لقيناهم من الأئمة لا يعدّونه إذناً؛ لأن توكيل المرأة في النكاح باطل، ورجوعها عن الإذن كرجوع الموكل عن الوكالة، فإن زوجها الوليّ بعد رجوعها وقبل علمه لم يصح، وإذن الخرساء بالإشارة المفهمة. قال الأذرعي: والظاهر الاكتفاء بكتبها. قال: فلو لم يكن لها إشارة مفهمة ولا كتابة هل تكون في معنى المجنونة حتى يزوّجها الأب والجدّ ثم الحاكم دون غيرهم أولا لأنها عاقلة؟ لم أرَ فيها شيئاً، ولعل الأول أوجه، وما قاله من الاكتفاء بكتب من لها إشارة مفهمة ظاهر إن نوت به الإذن كما قالوا كتابة الأخرس بالطلاق كناية على الأصح **(ويكفي في البكر)** البالغة العاقلة إذا استؤذنت في تزويجها من كفء أو غيره **(سكوتها في الأصح)** وإن بكت ولم تعلم أن ذلك إذن لخبر مسلم «الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا» فإن بكت بصياح أو ضرب خد لم يكف؛ لأن ذلك يشعر بعدم الرضا. والثاني: لا بد من النطق كما في الثيب.

تنبيه: محل الخلاف في غير المجبر، أما هو فالسكوت كاف قطعاً كما هو ظاهر إيراد المصنف، وصرّح به الروياني وغيره وخرج باستؤذنت ما لو زوجت بحضرتها مع سكوتها فإنه لا يكفي بل لا بد معه من استئذانها وبمن كفء أو غيره ما لو استؤذنت في التزويج بدون المهر أصلاً أو بأقل من مهر المثل أو بغير نقد البلد فسكتت فإنه لا يكفي سكوتها لتعلقه بالمال كبيع مالها، ولو استؤذنت في التزويج برجل غير معين فسكتت كفى فيه سكوتها بناء على أنه لا يشترط تعيين الزوج في الإذن وهو الأصح، ولو قال لها: أيجوز أن أزوجك أو تأذنين. فقالت: لِمَ لا يجوز أو لِمَ لا آذن كفى؛ لأنه يشعر برضاها. فإن قيل: لو قال الخاطب: أتزوجني لم يكن استيجاباً، فكان ينبغي أن يكون هنا كذلك. أجيب بأن العقد يعتبر فيها اللفظ فاعتبر فيه الجزم وإذن البكر يكفي فيه السكوت فكفى فيه ما ذكر مع جوابها، ولو قالت: رضيت بمن رضيت به أمي أو بمن اختارته أو بما يفعله أبي وهم في ذكر النكاح كفى، لا إن قالت رضيت إن رضيت أمي أو رضيت بما تفعله أمي فلا يكفي؛ لأن الأم لا تعقد ولأن الصيغة الأولى صيغة تعليق وكذا لا يكفي رضيت إن رضي أبي إلا أن تريد رضيت بما يفعله فيكفي ولو أذنت بكر في تزويجها بألف ثم استؤذنت كذلك بخمسمائة فسكتت كان إذناً إن كان مهر مثلها كما علم مما مرّ وصرّح به البلقيني، وتبعه ابن المقري، ثم شرع في السبب الثاني وهو العتق فقال: **(والمعتق)** وأريد به هنا من له الولاء فيشمل عصبته وهو السبب الثالث لا من باشر العتق فقط

وَالسُّلْطَانُ كالأَخِ ، وَأَحَقّ الأَوْلِيَاءِ أَبٌ ثُمَّ جَدٌّ ثُمَّ أَبُوهُ ثُمَّ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ ثُمَّ عَمٌّ ثُمَّ سَائِرُ الْعَصَبَةِ كَالْإِرْثِ، وَيُقَدَّمُ أَخٌ لِأَبَوَيْنِ عَلَى أَخٍ لِأَبٍ فِي الأَظْهَرِ، وَلَا يُزَوِّجُ ابْنٌ بِبُنُوَّةٍ،

والسبب الرابع السلطان، وأريد به هنا ما يشمل القاضي والمعتق وعصبته **(والسلطان كالأخ)** فيما ذكر قبله **(وأحق الأولياء)** بالتزويج **(أب)** لأن سائر الأولياء يدلون به كما قاله الرافعي ومراده الأغلب وإلا فالسلطان والمعتق وعصبته لا يدلون به **(ثم جدّ)** أبو أب **(ثم أبوه)** وإن علا لاختصاص كل منهم عن سائر العصبات بالولادة مع مشاركته في العصوبة **(ثم أخ لأبوين أو لأب)** لأن الأخ يدلي بالأب فهو أقرب من ابنه **(ثم ابنه)** أي ابن كل منهما **(وإن سفل)** لأنه أقرب من العم **(ثم عم)** لأبوين أو لأب ثم ابن كل منهما وإن سفل **(ثم سائر العصبة)** من القرابة أي باقيهم **(كالإرث)** لأن المأخذ فيهما واحد.

تنبيه: قوله: كالإرث متعلق بسائر؛ لأن الابن يقدم في الميراث ولا ولاية له هنا والجدّ في الإرث يشارك الأخ وهنا يقدم عليه، والشقيق في الإرث يقدّم قطعاً على الأخ للأب وهنا فيه خلاف كما يشير إليه قوله: **(ويقدّم أخ لأبوين على أخ لأب)** وابن أخ لأبوين على ابن أخ لأب، وعم لأبوين على عم لأب، وابن عم لأبوين على ابن عم لأب **(في الأظهر)** الجديد لزيادة القرب والشفقة كالإرث، وعلى هذا لو غاب الشقيق لم يزوج الذي لأب بل السلطان، وعلى القديم هما وليان؛ لأن قرابة الأم لا مدخل لها في النكاح فلا يرجح بها بخلاف الإرث كما لو كان لها عمان أحدهما خال، وأجاب الأول بأنه ليس كل ما لا يفيد لا يرجح بدليل أن العم لأبوين يقدّم على العم للأب في الإرث والعم للأم لا يرث.

تنبيه: لو قال: يقدم مدل بأبوين على مدل بأب لشمل ما أدخلته في كلامه، نعم لو كان ابنا عم. أحدهما لأبوين والآخر لأب لكنه أخوها لأمها، فالثاني هو الولي؛ لأنه يدلي بالجدّ والأم. والأول يدلي بالجدّ والجدّة، ولو كان ابنا ابن عم. أحدهما ابنها. والآخر أخوها من الأم، فالابن هو المقدّم؛ لأنه أقرب، ولو كان ابنا عم. أحدهما: معتق قدم المعتق ومنه يؤخذ أنه لو كان المعتق ابن عم لأب. والآخر: شقيقاً قدم الشقيق، وبه صرح البلقيني أو ابنا عم. أحدهما خال فهما سواء بلا خلاف، قاله في زيادة الروضة وظاهر كلامه تسمية كل من غير الأب والجدّ من الأخ والعم ولياً وهو كذلك وإن توقف فيه الإمام وجعل الولاية حقيقة للأب والجدّ فقط **(ولا يزوج ابن)** أمّه وإن علت **(ببنوّة)** محضة خلافاً للأئمة الثلاثة والمزني؛ لأنه لا مشاركة بينه وبينها في النسب إذ انتسابها إلى أبيها، وانتساب الابن إلى أبيه فلا يعتني بدفع العار عن النسب، فإن قيل يدل للصحة قوله ﷺ: «لما أراد أن يتزوج أمّ سلمة. قال لابنها عمر: قُمْ فَزَوِّجْ رَسُولَ اللَّهِ». أجيب بأجوبة: أحدها: أن نكاحه ﷺ لا يحتاج إلى وليّ، وإنما قال له ﷺ ذلك استطابة لخاطره. ثانيها: أن عمر بن أبي سلمة ولد في أرض الحبشة في السنة

فَإِنْ كانَ ابْنَ ابْنِ عَمّ أَوْ مُعْتِقاً أَوْ قَاضِياً زَوَّجَ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَسِيبٌ زَوَّجَ المُعْتِقُ ثُمَّ عَصَبَتُهُ، كَالْإِرْثِ، وَيُزَوِّجُ عَتِيقَةَ المَرْأَةِ مَنْ يُزَوِّجُ المُعْتِقَةَ مَا دامَتْ حَيَّةً،

الثانية من الهجرة وزواجه ﷺ بأمّ سلمة كان في السنة الرابعة، وقيل: كان سنّ عمر يوم توفي رسول الله ﷺ تسع سنين. قاله ابن سعد وغيره وكان حينئذ طفلاً فكيف يزوج. ثالثها: بتقدير صحة أنه زوج وهو بالغ فيكون ببنوّة العم، فإنه كان من بني أعمامها ولم يكن لها وليّ أقرب منه **(فإن كان ابن ابن عم)** لها أو ذا قرابة أخرى من وطء شبهة أو نكاح مجوس كما إذا كان أخاها أو ابن أخيها أو ابن عمها **(أو معتقاً)** لها أو غاصب معتق لها **(أو قاضياً)** أو محكماً أو وكيلاً عن وليها كما قاله الماوردي **(زوج به)** أي بما ذكر فلا تضره البنوّة لأنها غير مقتضية لا مانعة، فإذا وجد معها سبب آخر يقتضي الولاية لم تمنعه.

تنبيه: قوله ابن ابن عم يفهم أنه لا يتصور أن يكون ابن عمها ابنها، وليس مراداً بل يتصوّر بوطء الشبهة وبنكاح المجوس، ويتصوّر أيضاً أن يكون مالكاً لها بأن يكون مكاتباً، ويأذن له سيده فيزوجها بالملك **(فإن لم يوجد)** من الأولياء رجل **(نسيب زوج المعتق)** الرجل **(ثم عصبته)** بحق الولاء سواء أكان المعتق رجلاً أم امرأة والترتيب هذا **(كالإرث)** في ترتيبه ومرّ بيانه في بابه فيقدّم بعد عصبة المعتق معتق المعتق ثم عصبته وهكذا لحديث: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[1] ولأن المعتق أخرجها من الرق إلى الحرية فأشبه الأب في إخراجه لها إلى الوجود، ويستثنى من هذا التشبيه مسائل. الأولى: أنّ أخا المعتق أولى من جدّه، وفي النسب يقدّم الجدّ. الثانية: أن ابن المعتق يزوج ويقدّم على أبي المعتق؛ لأن التعصيب له، وفي النسب لا يزوجها ابنها بالبنوّة. الثالثة: أنّ ابن الأخ يقدّم على الجدّ بناء على تقديم والده. الرابعة: العم يقدّم على أبي الجدّ كما نص عليه في البويطي بخلاف النسب.

تنبيه: قوله: المعتق قد يفهم أن هذا فيمن باشر العتق فلو تزوج عتيق بحرة الأصل وأتت بابنة لا يزوجها موالي الأب، وكلام الكفاية يقتضي أنه المذهب وهو الظاهر، وإن قال صاحب الأشراف التزويج لموالي الأب، ثم أشار لما ذكروه من ضابط من يزوج عتيقة المرأة بقوله: **(ويزوج عتيقة المرأة)** إذا فقد وليّ العتيقة من النسب كل **(من يزوج المعتقة ما دامت حية)** بالولاية عليها تبعاً للولاية على المعتقة فيزوجها الأب ثم الجدّ ثم بقية الأولياء على ما مرّ في ترتيبهم برضا العتيقة، ويكفي سكوت البكر كما قاله الزركشي في تكملته وإن خالف في ديباجه.

تنبيه: كلام المصنف قد يوهم أنه لو كانت العتيقة كافرة والمعتقة مسلمة ووليها كافر أنه

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن ٦/٢٤٠ وعبد الرزاق في المصنف (١٦١٤٩) وابن عبد البر في التمهيد ٣/٦٩ وذكره الهيثمي في المجمع ٤/٢٣١ وابن حجر في التلخيص ٤/٢١٣.

وَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُ الْمُعْتَقَةِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِذَا مَاتَتْ زَوَّجَ مَنْ لَهُ الْوَلَاءُ، فَإِنْ فُقِدَ الْمُعْتِقُ وَعَصَبَتُهُ زَوَّجَ السُّلْطَانُ،

لا يزوجها وليس مراداً ويقتضي أيضا أنه لو كانت المعتقة ووليها كافرين والعتيقة مسلمة أن يزوجها، وليس مراداً. قال الزركشي: فلو قال يزوج عتيقة المرأة من له الولاء كما عبر به في حال موتها لاستقام، ولكن هذا معلوم من اختلاف الدين الآتي في الفصل بعده (**ولا يعتبر إذن المعتقة في الأصح**) لأنه لا ولاية لها ولا إجبار فلا فائدة له. والثاني: يعتبر؛ لأن الولاء لها والعصبة إنما يزوجون بادلائهم بها فلا أقل من مراجعتها.

تنبيه: حكم أمة المرأة حكم عتيقتها فيزوّجها من يزوّج سيدتها على ما تقرّر، لكن إذا كانت السيدة كاملة اشترط إذنها ولو كانت بكراً إذ لا تستحي، فإن كانت صغيرة ثيباً امتنع على الأب تزويج أمتها إلا إذا كانت مجنونة وليس للأب إجبار أمة البكر البالغ، ولو أعتق شخص جارية ثم أعتقت هذه العتيقة جارية وللمعتقة ابن فولاء الثانية لمعتق الأولى؛ لأنه وليّ الوليّ، حكاه الرافعي عن البغوي قبيل الصداق (**فإذا ماتت**) أي المعتقة (**زوج**) العتيقة (**من له الولاء**) على المعتقة من عصباتها فيزوّجها ابنها ثم ابنه ثم أبوها على ترتيب عصبة الولاء، إذ تبعية الولاء انقطعت بالموت، وإن أعتقها اثنان اعتبر رضاهما فيوكلان، أو يوكل أحدهما الآخر، أو يباشران معاً ويزوّجها من أحدهما الآخر مع السلطان وإن ماتا اشترط في تزويجها اثنان من عصبتهما، واحد من عصبة أحدهما، وآخر من عصبة الآخر، وإن مات أحدهما كفى موافقة أحد عصبته للآخر، ولو مات أحدهما ورثه الآخر استقلّ بتزويجها، ولو اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة كبنين وإخوة كانوا كالإخوة في النسب، فإذا زوّجها أحدهم برضاها صحّ، ولا يشترط رضا الآخرين.

تنبيه: لو كان المعتق خنثى مشكلاً زوج عتيقته أبوه أو غيره من أوليائه بترتيبهم لكن بإذنه لاحتمال ذكورته فيكون قد زوّجها وكيله بتقدير ذكورته ووليها بتقدير أنوثته، وقضية كلام الحاوي والبهجة وغيرهما وجوب إذنه. وقال البغوي في فتاويه: فلو كان الأقرب خنثى مشكلاً زوّج الأبعد، والخنثى كالمفقود، وظاهره أنه لا يحتاج لإذنه، وعبارة الرافعي: فينبغي أن يزوجها أبوه بإذنه، والأول أوجه وأحوط. قال الأذرعي: فلو امتنع من الإذن فينبغي أن يزوج السلطان، ولو عقد الخنثى فبان ذكراً صحّ كما مرّ، وأما الأمة المبعضة فيزوجها المالك مع وليها القريب ثم مع معتق البعض، ثم مع عصبته، ثم مع السلطان. وأما أمة السيدة المبعضة فيزوجها وليّ المبعضة بتقدير كونها حرّة بإذنها (**فإن فقد المعتق وعصبته زوج السلطان**) المرأة التي في محل ولايته لخبر: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»[1] فإن لم يكن فيه فليس له تزويجها

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص ١٦٢/٣ وعزاه للشافعي والبيهقي من طريق ابن خثيم عن سعيد بن جبير عنه موقوفاً وقال البيهقي بعد أن رواه مرفوعاً: والمحفوظ الموقوف.

وَكَـذَا يُزَوِّجُ إِذَا عَضَلَ الْقَرِيبُ وَالْمُعْتِقُ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَضْلُ إِذَا دَعَتْ بَالِغَةً عَاقِلَةً إِلَىٰ كُفْءٍ

وإن رضيت كما ذكره الرافعي في آخر القضاء على الغائب. وقال شريح في أدب القضاء: ولا يجوز أن يكتب بتزويج امرأة في غير عمله. وقال الغزي: والأصح في الرافعي أنه يجوز للقاضي أن يكتب بما حكم به في غير محل ولايته، فقياسه ترجيح الجواز اهـ وفرق غيره بينهما بأن الولاية عليها لا تتعلق بالخاطب فلم يكن حضوره مؤثراً في جواز الحكم، بخلاف ما لو حكم لحاضر على غائب؛ لأن المدّعي حاضر والحكم يتعلق به (**وكذا يزوّج**) السلطان (**إذا عضل**) النسيب (**القريب**) ولو مجبراً، أي امتنع من تزويجها هو (**والمعتق**) وعصبته؛ لأنه حقّ عليهم، فإذا امتنعوا من وفائه وفاه الحاكم، ولا تنتقل الولاية للأبعد جزماً، وهذا محله إذا كان العضل دون ثلاث مرات، فإن كان ثلاث مرات زوّج الأبعد بناء على منع ولاية الفاسق كما قال الشيخان، وهذا فيمن لم تغلب طاعاته على معاصيه كما ذكروه في الشهادات وإلا فلا يفسق بذلك، وهل المراد ما قالاه هنا بالمرّات الثلاث الأنكحة، أو بالنسبة إلى غرض الحاكم ولو في نكاح واحد؟. قال في المهمات: فيه نظر اهـ والأوجه الثاني، ووقع في فتاوى المصنف أن العضل كبيرة بإجماع المسلمين، واعترض بأن الذي اختاره الإمام في النهاية أنه لا يحرم إلا إذا لم يكن في الخطة حاكم. وقيل: وينبغي أنه لا يحرم مطلقاً إذا جوّزنا التحكيم، ولو قال المصنف: إذا عضل الوليّ لكان أخصر وأحسن لشموله لعصبة المعتق كما زدته، وهل السلطان يزوّج بالولاية العامّة أو النيابة الشرعية؟ وجهان حكاهما الإمام، ومن فوائد الخلاف أنه لو أراد القاضي نكاح من غاب عنها وليها إن قلنا بالولاية زوّجها أحد نوّابه أو قاض آخر أو بالنيابة لم يجز ذلك، وإنه لو كان لها وليان والأقرب غائب إن قلنا بالولاية قدّم عليه الحاضر أو بالنيابة فلا، وأفتى البغوي بالأول وكلام القاضي وغيره يقتضيه، وصحح الإمام في باب القضاء فيما إذا زوج للغيبة أنه يزوج بنيابة اقتضتها الولاية، وهذا أوجه.

تنبيه: اقتصر المصنف هنا في تزويج الحاكم على صورتين وذكر بعد أن يزوج عند غيبة الوليّ مسافة القصر وإحرامه وإرادته تزويج موليته ولا مساو له في الدرجة، والمجنونة والبالغة عند فقد المجبر، وقد جمع بعضهم المواضع التي يزوّج فيها الحاكم في أبيات فقال:

وَتَـزَوَّجُ الـحُكَّـامِ فِي صُـوَرٍ أَتَـتْ ... مَنْـظُومَـةً تَحْكِي عُقُـودَ جَـوَاهِـرِ
عَـدَمُ الـوَلِـيِّ وَفَـقْـدُهُ وَنِـكَـاحُـهُ ... وَكَـذَاكَ غَـيْـبَـتُـهُ مَسَـافَـةَ قَـاصِـرِ
وَكَـذَاكَ إِغْـمَـاءٌ وَحَـبْـسٌ مَـانِـعٌ ... أَمَـةً لِـمَحْـجُـورٍ تَـوَارِي الـقَـادِرِ
إِحْـرَامُـهُ وَتَـعَـزُّزٌ مَـعَ عَـضْـلِـهِ ... إِسْـلَامَ أُمِّ الـفَـرْعِ وَهْـيَ لِـكَـافِـرِ

فأهمل الناظم تزويج المجنونة البالغة وذكر أنه يزوّج عند إغماء الوليّ، وسيأتي ما فيه (**وإنما يحصل العضل**) من الوليّ (**إذا دعت بالغة عاقلة**) رشيدة كانت أو سفيهة (**إلى كفء**

وَامْتَنَعَ وَلَوْ عَيَّنَتْ كفؤاً وَأَرَادَ الأَبُ غَيْرَهُ فَلَهُ ذٰلِكَ فِي الأَصَحِّ.

فَصْلٌ

لَا وِلَايَةَ لِرَقِيقٍ

وامتنع) الوليّ من تزويجه؛ لأنه إنما يجب عليه تزويجها من كفء، فإن دعته إلى غيره كان له الامتناع؛ لأن له حقاً في الكفاءة، ويؤخذ من التعليل أنها لو دعت إلى عنين أو مجبوب بالباء لزمه إجابتها، فإن امتنع كان عاضلاً، إذ لا حق له في التمتع، بخلاف ما إذا دعته إلى أجزم أو أبرص أو مجنون لأنه يعير بذلك، وليس له الامتناع لنقصان المهر أو لكونه من غير نقد البلد إذا رضيت بذلك؛ لأن المهر محض حقها، ولو امتنع من نكاحها في تزويج التحليل، فعن بعض المتأخرين أنه إن امتنع للخروج من الخلاف أو لقوّة دليل التحريم عنده فلا إثم عليه، بل يثاب على قصده. قال ابن شهبة: وفي تزويج الحاكم حينئذ نظر؛ لأنه بامتناعه لا يعدّ عاضلاً اهـ وهذا ظاهر، وفي زوائد الرّوضة: لو طلبت التزويج برجل وادّعت كفاءته وأنكر الوليّ رفع للقاضي، فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن امتنع زوّجها به، وإن لم تثبت فلا، ولا بدّ من ثبوت العضل عند الحاكم ليزوّج بأن يحضر الوليّ والخاطب والمرأة فيأمر الحاكم الوليّ بالتزويج فيمتنع منه أو يسكت أو تقام البينة عليه لتوار أو تعزز أو غيبة لا يزوّج فيها القاضي.

تنبيه: إذا ظهرت حاجة المجنونة إلى النكاح وامتنع الوليّ من تزويجها كان عاضلاً فتردّ على حصر المصنف العضل فيما ذكره (**ولو عينت**) مجبرة (**كفؤاً وأراد الأب**) أو الجدّ المجبر كفئاً (**غيره فله ذلك في الأصح**) لأنه أكمل نظراً منها، والثاني يلزمه إجابتها إعفافاً لها، واختاره السبكي، والمعتبر في غير المجبر من عينته جزماً كما اقتضاه كلام الشيخين؛ لأن أصل تزويجها يتوقف على إذنها.

تنبيه: قضية إطلاقه أنها لو عينت كفئاً بأكثر من مهر المثل فزوّجها من كفء آخر بمهر المثل أنه يصح، وبه صرح الإمام في كتاب الطلاق، وحكاه عنه في الكفاية.

فَصْلٌ

في موانع ولاية النكاح (**لا ولاية لرقيق**) قنّ أو مدبر أو مكاتب أو مبعض لنقصه فأمة المبعض. قال البغوي في فتاويه: لا تزوّج أصلاً؛ لأن تزويجها بلا إذن مالك بعضه لا يجوز، وباب التزويج منسدّ عليه لرقه، ولو جاز التزويج بإذنه لكونها لمن يملك بعضه لجاز أن يزوّجها، وأقرّه الأسنوي وغيره. وقال البلقيني: هذا مفرع على أن السيد يزوّج بالولاية، فإن قلنا بالأصح أنه يزوّج بالملك زوّجها به اهـ وهذا هو الظاهر لأن ملكه تامّ، ولهذا تجب عليه الزكاة.

تنبيه: أفهم نفيه الولاية جواز كون الرقيق وكيلاً، وهو صحيح في القبول دون الإيجاب

وَصَبِيّ وَمَجْنُونٍ وَمُخْتَلّ النَّظَرِ بِهَرَمٍ أَوْ خَبَلٍ، وَكَذَا مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى المَذْهَبِ، وَمَتَى كَانَ الأَقْرَبُ بِبَعْضِ هٰذِهِ الصِّفَاتِ

كما مر في الوكالة (و) لا (**صبي**) لسلب ولايته (و) لا (**مجنون**) في حالة جنونه المطبق، وكذا إن تقطع جنونه كما صححه في الروضة، وإن صحح الرافعي في الشرح الصغير أنه لا يزيل الولاية لعدم تمييزه، وتغليباً لزمن الجنون في المتقطع فيزوّج الأبعد في زمن جنون الأقرب دون إفاقته، ولو أفاق المجنون وبقي آثار الخبل كحدّة خلق لم تعد ولايته في أحد وجهين. قال المصنف: لعله الأصح، وجزم به في الأنوار ولو قصر زمن الإفاقة جداً فهي كالعدم كما قاله الإمام، أو قصر زمن الجنون كيوم في سنة لم تنقل الولاية، بل ينتظر إفاقته كالإغماء (و) لا (**مختلّ النظر بهرم**) وهو كبر السنّ (**أو خبل**) بتحريم الموحدة وإسكانها، وهو فساد في العقل، وقيل: إنه بالإسكان مصدر، ولا فرق في الخبل بين الأصلي والعارض لعجزه عن اختيار الأكفاء، وفي معناه: من شغلته الأسقام والآلام عن ذلك، فإن قيل: سكون الألم ليس بأبعد من إفاقة المغمى عليه، فإذا انتظرت الإفاقة في الإغماء وجب أن ينتظر السكون هنا، وبتقدير عدم الانتظار يجوز أن يقال: يزوّجها السلطان لا الأبعد كما في صورة الغيبة؛ لأن الأهلية باقية وشدة الألم المانعة من النظر كالغيبة. أجيب بأن الإغماء له أمد يعرفه أهل الخبرة فجعل مراداً، بخلاف سكون الألم وإن احتمل زواله، والقياس على صورة الغيبة ممنوع؛ لأن الغائب يقدر على التزويج معها، ولا كذلك مع دوام الألم المذكور (**وكذا محجور عليه بسفه**) بأن بلغ غير رشيد أو بذر في ماله بعد رشده ثم حجر عليه لا ولاية له (**على المذهب**) لأنه لا يلي أمر نفسه فغيره أولى، والطريق الثاني وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: يلي؛ لأنه كامل النظر في أمر النكاح، وإنما حجر عليه لحفظ ماله، فإن لم يحجر عليه. قال الرافعي: فما ينبغي أن تزول ولايته، وهو مقتضى كلام المصنف هنا كالروضة، وهو المعتمد، وإن جزم ابن أبي هريرة بالزوال، واختاره السبكي، وتوكيل المحجور عليه بسفه في النكاح كتوكيل الرقيق فيصح في القبول دون الإيجاب، وخرج بالسفه المحجور عليه بفلس أو مرض فإنه يلي لكمال نظره، والحجر عليه لحق الغير لا لنقص فيه[1] (**ومتى كان الأقرب ببعض هذه الصفات**) المانعة

(١) قال الحنفية: نكاح السفيه صحيح أذن الولي أو لم يأذن غير أنهم قالوا: إذا تزوج بغير إذن الولي، وغالى في المهر أكثر من المثل فليس للزوجة إلا مهر المثل.

وقال المالكية والشافعية: إن تزوج السفيه بإذن الولي فنكاحه صحيح؛ وإن تزوج بغير إذن الولي فقد اختلفت في ذلك كلمة المالكية والشافعية، فالمالكية على أنه صحيح موقوف على نظر الولي، فإن رأى فيه ضرراً تعين عليه فسخه، فإن مات السفيه أو ماتت زوجته فلا يتوارثان، فإن كان الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها إلا ربع دينار، وإن رآه غبطة وسداداً تعين عليه إمضاؤه.

والشافعية على أنه باطل؛ ويفرق بينه وبين زوجته، ولو دخل بها علمت الزوجة أو لم تعلم؛ لأنها إن لم تعلم فقد فرطت في الكشف عن حاله، وإن علمت فقد رضيت. =

فَالْوِلَايَةُ لِلأَبْعَدِ، وَالْإِغْمَاءُ إِنْ كَانَ لَا يَدُومُ غَالِباً انْتُظِرَ إِفَاقَتُهُ، وَإِنْ كَانَ يَدُومُ أَيَّاماً انْتُظِرَ، وَقِيلَ لِلأَبْعَدِ، وَلَا يَقْدَحُ الْعَمَى فِي الأَصَحِّ، وَلَا وِلَايَةَ لِفَاسِقٍ

للولاية **(فالولاية للأبعد)** لخروج الأقرب عن أن يكون ولياً فأشبه المعدوم، وظاهر كلامه أنه لا فرق في ذلك بين النسب والولاء، حتى لو أعتق شخص أمة ومات عن ابن صغير وأخ كانت الولاية للأخ، وهو كذلك خلافاً لمن قال: إنها في الولاء للحاكم. فقد نقله القمولي عن العراقيين، وصوّبه البلقيني، فإن زال المانع عادت الولاية كما يشير إليه لفظة متى، وكان ينبغي تأخير هذا عن ذكره الفسق، واختلاف الدين ليعود إليهما أيضاً، فإن الولاية تنتقل فيهما إلى الأبعد، ولو زوّج الأبعد فادّعى الأقرب أنه زوّج بعد تأهله. قال الماوردي: فلا اعتبار بهما، والرجوع فيه إلى قول الزوجين؛ لأن العقد لهما فلا يقبل فيه قول غيرهما، وجزم فيما لو زوّجها بعد تأهل الأقرب أنه لا يصح، سواء أعلم بذلك أمْ لم يعلمه **(والإغماء إن كان لا يدوم غالباً)** كالحاصل بهيجان المرة الصفراء **(انتظر إفاقته)** قطعاً كالنائم **(وإن كان يدوم)** يوماً أو يومين أو **(أياماً انتظر)** أيضاً على الأصح؛ لأنه قريب الزوال كالنوم **(وقيل)** لا تنتظر إفاقته بل تنتقل الولاية **(للأبعد)** كالجنون والسكر بلا تعدّ في معنى الإغماء، فإن دعت حاجتها إلى النكاح في زمن الإغماء أو السكر فظاهر كلام الشيخين أن الحاكم لا يزوّجها، وهو كذلك، وإن قال المتولي يزوجها **(ولا يقدح العمى)** في ولاية التزويج **(في الأصح)** لحصول المقصود بالبحث والسماع، والثاني: يقدح؛ لأنه نقص يؤثر في الشهادة فأشبه الصغر، وفرّق الأوّل بأن شهادته إنما ردّت لتعذر التحمل، ألا ترى أنها تقبل فيما تحمل قبل العمى إذا لم يحتج إلى إشارة كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابها، ويجيء خلاف الأعمى في الأخرس المفهم لغيره مراده بالإشارة التي لا يختص بفهمها الفطنون، ولا ريب أنه إن كان كاتباً تكون الولاية له فيوكل بها من يزوّج موليته أو يزوّجه، وهذا مراد الرّوضة بأنه سوّى بين الإشارة المفهمة والكتابة، وأسقطها ابن المقري نظراً إلى تزويجه إلا إلى ولايته، ولا ريب أنه لا يزوّج بها؛ لأنها كناية كما مرّت الإشارة إلى ذلك **(ولا ولاية لفاسق)**[1] غير الإمام الأعظم مجبراً كان أو لا، فسق

= وللحنابلة في نكاح السفيه روايتان: إحداهما توافق الحنفية، والأخرى ـ وهي الصحيحة عندهم ـ توافق الشافعية.

«ووجهة الحنفية» أنه تصرف غير مالي، وهو إنما منع من المال فيصح منه، وكونه يلزم منه مال لا يقتضي عدم الصحة؛ لأنه ليس مقصوداً أصلاً من نكاح وإنما هو تبعي.

«ووجهة الآخرين» أنه تصرف يؤول إلى مال، فلا يصح منه بدون إذن الولي كالبيع والشراء.

(١) وأما مذهب المالكية والحنفية إلى أنها لا تشترط في الولي، وأن للفاسق أن يعقد على وليته؛ لأن فسقه لا يمنع كونه ولياً، ولو مجبراً، وذهب الشافعية والحنابلة في إحدى الروايات عنهم إلى القول بأن العدالة شرط فلا ولاية لفاسق مجبراً كان أو لا.

وقد استدل الشافعية والحنابلة على اشتراط العدالة في الولي بالسنة والمعقول. =

عَلَى المَذْهَبِ،

= بشرب الخمر أو لا، أعلن بفسقه أو لا (**على المذهب**) بل تنتقل الولاية للأبعد لحديث: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ» رواه الشافعي في مسنده بسند صحيح. وقال الإمام أحمد: إنه أصح شيء في الباب. ونقل ابن داود عن الشافعي في البويطي أنه قال: المراد بالمرشد في الحديث العدل، ولأنه نقص يقدح في الشهادة فيمنع الولاية كالرّق، ولا يرد سيد الأمة لأنه يزوّج بالملك لا بالولاية كما مر، وفي المسألة طرق جمعها بعضهم ثلاث عشرة طريقة، أشهرها على ما قاله الشيخان طريقة القولين، أصحهما عند الأكثرين ما قاله المصنف، فكان ينبغي أن يعبر بالأظهر، والقول الثاني: أنه يلي، وبه قال مالك وأبو حنيفة وجماعات؛ لأن الفسقة لم يمنعوا من التزويج في عصر الأوّلين، وصححه الشيخ عز الدين وعلله بأن الوازع الطبعي أقوى من الوازع الشرعي، وأفتى الغزالي بأنه إن كان لو سلب الولاية لانتقلت إلى حاكم فاسق وليّ وإلا فلا. قال: ولا سبيل إلى الفتوى بغيره، إذ الفسق قد عمّ البلاد والعباد. قال المصنف: وهذا الذي قاله حسن، وينبغي العمل به، واختاره ابن الصلاح في فتاويه. وقال الأذرعي: ليس هذا مخالفاً للمشهور عن العراقيين والنصّ والحديث، بل ذلك عند وجود الحاكم المرضي العالم الأهل. وأما غيره من الجهلة والفساق فكالعدم كما صرّح به الأئمة في الوديعة وفي غيرها اهـ، والأوجه إطلاق المتن؛ لأن الحاكم يزوّج للضرورة، وقضاؤه نافذ. أما الإمام الأعظم فلا يقدح فسقه؛ لأنه لا ينعزل به فيزوّج بناته وبنات غيره بالولاية العامة تفخيماً لشأنه، فعليه إنما يزوج بناته إذا لم يكن لهنّ ولي غيره كبنات غيره، ويزوج الفاسق نفسه؛ لأن غايته أن يضر بها،

= أما السنة: فما روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل»، ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد» والمرشد بمعنى الرشيد، والفاسق غير رشيد، فلا تكون له الولاية.

وأما المعقول: فقد قالوا: إن الولاية في النكاح إنما ثبتت للنظر، ولا نظر في التفويض إلى الفاسق؛ إذ هو بفسقه أهمل فلا ينظر في مصلحة نفسه، فكيف يعقل أن يكون منه نظر لغيره؟

وتناقش هذه الأدلة بما يأتي: أما الحديث فيقال لهم فيه: إنه على فرض ثبوت هذه الزيادة فنحن نقول بموجبها، فإن الفاسق مرشد؛ لأنه يرشد غيره لوجود آلة الإرشاد معه وهي العقل، وبه يتمكن من النظر الذي من أجله قلنا بثبوت الولاية له.

وأما المعقول: فيقال لهم فيه: إنه لا منافاة بين الفسق والنظر لمصلحة المولى عليه، فإن الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه، وهو الشفقة، فلا يقدح في الولاية كالعدل.

وأما المالكية والحنفية: فقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب: فعموم قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾ فإن الخطاب في الآية للأولياء من غير فصل بين عدل وفاسق.

وأما السنة: فما روي أن النبي ﷺ قال: «زوجي بناتكم الأكفاء» وهذا أمر للأولياء بتزويج بناتهم من الأكفاء من غير تفرقة بين عدل وفاسق، وأما المعقول: فقد قالوا: إن ولاية النكاح حق ثبت بالتعصيب فيجب أن لا يسقط هذا الحق بالفسق كالأرث.

وَيَلِي الْكَافِرُ الْكَافِرَةَ،

ويحتمل في حقّ نفسه ما لا يحتمل في حق غيره، ولهذا يقبل إقراره على نفسه، ولا تقبل شهادته على غيره، والفسق يتحقق بارتكاب كبيرة أو إصرار على صغيرة، ولم تغلب طاعاته على معاصيه، ولا يلزم من أن الفاسق لا يلي اشتراط أن يكون الولي عدلاً لأن بينهما واسطة، فإن العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى، والصبي إذا بلغ ولم يصدر منه كبيرة، ولم تحصل له تلك الملكة لا عدل ولا فاسق، وقد نقل الإمام الغزالي الاتفاق على أن المستور يلي، وأثبت غيرهما فيه خلافاً، وأصحاب الحرف الدنيئة يلون كما رجح في الروضة انقطع به بعد حكاية وجهين، وحيث منعنا ولاية الفاسق، فقال البغوي: إذا تاب زوج في الحال، وكذا ذكره الخوارزمي، وذكر المتولي وغيره نحوه في العضل، ووجه بأن الشرط في ولي النكاح عدم الفسق لا قبول الشهادة المعتبر فيها العدالة المتقدّم تعريفها، والاستبراء إنما يعتبر لقبول الشهادة، وهذا هو المعتمد لأنه بالتزويج في العضل زال ما لأجله عصى وفسق قطعاً وبتوبته عن فسق آخر صار مستور العدالة، وتقدّم أنه يزوج. وقال ابن المقري: لا يزوج في الحال بل لا بدّ من الاستبراء قياساً على الشهادة **(ويلي)** على الأصح المنصوص **(الكافر)** الأصلي **(الكافرة)** الأصلية ولو كانت عتيقة مسلم واختلف اعتقادهما، فيزوج اليهودي نصرانية، والنصراني يهودية كالإرث، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]. وقضية التشبيه بالإرث أنه لا ولاية لحربي على ذمّية وبالعكس، وأن المستأمن كالذمي، وهو كما قال شيخنا ظاهر، وصححه البلقيني، ومرتكب المحرم المفسق في دينه من أولياء الكافرة كالفاسق عندنا فلا يزوج موليته بخلاف ما إذا لم يرتكب ذلك، وإن كان مستوراً فيزوجها كما تقرر، وفرّقوا بين ولايته وشهادته حيث لا تقبل وإن لم يرتكب ذلك بأن الشهادة محض ولاية على الغير، فلا يؤهل لها الكافر والولي في التزويج كما يراعي حظ موليته يراعي حظ نفسه أيضاً في تحصينها ودفع العار عن النسب، وصورة ولاية النصراني على اليهودية: أن يتزوج نصراني يهودية فيجيء له منها بنت، فإذا بلغت خيرت بين دين أبيها وبين دين أمها فتختار دين أمّها.

تنبيه: ظاهر كلامه: أنه لا فرق بين أن يكون زوج الكافرة كافراً أو مسلماً، وهو كذلك لكن لا يزوج المسلم قاضيهم، بخلاف الزوج الكافر لأن نكاح الكفار صحيح وإن صدر من قاضيهم أما المرتدّ فلا يلي مطلقاً لا على مسلمة ولا مرتدّة ولا غيرهما لانقطاع الموالاة بينه وبين غيره، ولا يزوج أمته بملك كما لا يتزوج، وأفهم كلام المصنف أن الكافر لا يلي مسلمة ولو كانت عتيقة كافر، ولا مسلم كافرة، وهو كذلك لعدم الموالاة بينهما. نعم لوليّ السيد تزويج أمته الكافرة كالسيد الآتي بيان حكمه، وللقاضي تزويج الكافرة عند تعذر الوليّ الخاصّ، وللمسلم توكيل نصرانيّ ومجوسيّ في قبول نصرانية لأنهما يقبلان نكاحها لأنفسهما لا في نكاح مسلمة، إذ لا يجوز لهما نكاحها بحال بخلاف توكيلهما في طلاقها لأنه يجوز لهما

وَإِحْرَامُ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ أَوِ الزَّوْجَةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ، وَلاَ يَنْقُلُ الْوِلاَيَةَ فِي الأَصَحِّ، فَيُزَوِّجُ السُّلْطَانُ عِنْدَ إِحْرَامِ الْوَلِيِّ، لاَ الأَبْعَدُ. قُلْتُ: وَلَوْ أَحْرَمَ الْوَلِيُّ أَوِ الزَّوْجُ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ الحَلاَلُ لَمْ يَصِحَّ،

طلاقها. ويتصوّر بأن أسلمت كافرة بعد الدخول فطلقها زوجها ثم أسلم في العدّة. أما إذا لم يسلم في العدّة فإنه يتبين أنها بانت منه بإسلامها ولا طلاق، وللنصراني ونحوه توكيل مسلم في نكاح كتابية لا في نكاح مجوسية ونحوها؛ لأن المسلم لا يجوز له نكاحها بحال، وللمعسر توكيل الموسر في نكاح الأمة لأن الموسر من أهل نكاحها في الجملة وإن لم يمكنه في الحال لمعنى فيه فهو كمن له أربع زوجات وكله رجل ليقبل له نكاح امرأة، وهذه المسائل قد مرّ أكثرها في كتاب الوكالة **(وإحرام أحد العاقدين)** من وليّ ولو حاكماً أو زوج أو وكيل عن أحدهما **(أو الزوجة)** بنسك ولو فاسداً **(يمنع صحة النكاح)** لحديث: «المُحْرِمُ لَا يَنْكِحُ وَلَا يُنْكِحُ»[1] رواه مسلم، والكاف مكسورة فيهما والياء مفتوحة في الأول مضمومة في الثاني **(ولا ينقل)** الإحرام **(الولاية للأبعد)** لأنه لا يسلب الولاية لبقاء الرشد والنظر، وإنما يمنع النكاح كما يمنعه إحرام الزوج أو الزوجة، وقوله **(في الأصح)** يرجع لنقل الولاية فقط، وإذا لم ينقلها **(فيزوج السلطان عند إحرام الوليّ لا الأبعد)** لأن تأثير الإحرام يمنع الانعقاد مع بقاء الولاية لبقاء الرشد والنظر، والثاني ينقل للأبعد كالجنون، ورجحه في المطلب.

تنبيه: ظاهر كلامه أنه لا فرق في مدّة الإحرام بين طولها وقصرها، وهو كذلك وإن قال الإمام والمتولي وغيرهما أن ذلك محله في طويلها كما في الغيبة، وكما لا يصح نكاح المحرم لا يصح إذنه لعبده الحلال في النكاح ولا إذن المحرمة لعبدها فيه على الأصح في المجموع، وشمل إطلاق المصنف كل محرم حتى الإمام والقاضي كما قدّرته في كلامه، وفيهما وجه أن يصح لقوّة ولايتهما، ويجوز أن تزف إلى المحرم زوجته التي عقد عليها قبل إحرامه، وأن تزف المحرمة إلى زوجها الحلال والمحرم، وينعقد النكاح بشهادة المحرم؛ لأنه ليس بعاقد ولا معقود عليه، لكن الأولى أن لا يحضر وتصح رجعته لأنها استدامة كالإمساك في دوام النكاح، وقول المصنف: أو الزوجة. قال الأذرعي: كان ينبغي أن يقول أو أحد الزوجين، فإن الظاهر أنه لو أحرم الصبيّ بإذن وليه الحلال، أو العبد بإذن سيده الحلال فعقد على ابنه أو عبده جبراً حيث نواه، أو بإذن سابق لم يصح كما ذكره في الروضة **(قلت)** أخذاً من الرافعي في الشرح **(ولو أحرم الوليّ أو الزوج)** بعد توكيله في التزويج **(فعقد وكيله الحلال لم يصح)** العقد[2]

(١) أخرجه مسلم ٢/ ١٠٣٠ (٤١ - ١٤٠٩).

(٢) اختلف الفقهاء في الإحرام هل هو مانع من صحة النكاح أو لا.

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الإحرام يمنع من صحة النكاح، وأن النكاح يفسد إذا كان أحد الثلاثة وهم الزوج والزوجة والولي محرماً بحج أو عمرة؛ لأنهم يشترطون في صحة النكاح الخلو من الإحرام، وإلى هذا ذهب الليث والأوزاعي، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي وابن عمر وزيد بن ثابت. =

وَاللَّهُ أَعْلَمُ،

(والله أعلم) لأن الموكل لا يملكه ففرعه أولى، وأيضاً الوكيل في النكاح سفير محض، فكأنّ

وذهب الحنفية إلى القول بأن إحرام أحد الثلاثة لا يمنع من صحة النكاح، وقالوا: يصح النكاح ولو كان كل من الزوج والزوجة والولي محرماً.

استدل المالكية ومن معهم بالسنة والأثر:

أما السنة: فما روى الجماعة إلا البخاري عن أبان بن عثمان قال: سمعت أبي عثمان بن عفان يقول: قال رسول الله ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح» زاد مسلم: «ولا يخطب» وزاد ابن حبان في صحيحه: «ولا يخطب عليه».

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي ﷺ نهى المحرم عن أن ينكح أو ينكح، وهذا يشمل الزوج والزوجة والولي والنهي إذا رجع لذات المنهي عنه يقتضي فساده، فيكون النكاح مع إحرام أحد الثلاثة فاسداً.

وأما الأثر: فما روي عن داود بن الحصين أن أبا غطفان المري أخبره أن أباه طريفاً تزوج امرأة وهو محرم، فرد عمر بن الخطاب نكاحه، ووجه الدلالة من هذا الأثر أن عمر بن الخطاب رد نكاح المحرم، وما ذلك إلا لفساده، وإلا لما رده عمر، وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي:

أما الحديث فقد قيل لهم: إن البخاري وهو معروف بدقته في الحديث ضعفه، فقد قال ابن العربي: ضعف البخاري حديث عثمان، وصحح حديث ابن عباس، فلو علم البخاري أن رواة حديث عثمان يساوون رواة حديث ابن عباس لصحح كلا الحديثين وعلى تسليم صحة حديث عثمان، وأنه مساو لحديث ابن عباس نقول: إن معنى قوله ﷺ: «ينكح المحرم» لا يطأ فهو محمول على الوطء أو النهي الكراهة لكونه سبباً في الوقوع. في الرفث، لا أن عقده لنفسه ولغيره ممتنع، ولهذا قرنه بالخطبة، ولا خلاف في جوازها وإن كانت مكروهة: أو نقول إن النهي هنا ليس لذات المنهي عنه بل لأمر خارج عنه، وهو الإحرام، وهذا لا يقتضي فساد المنهي عنه.

ويقال لهم في الأثر المروي عن عمر بن الخطاب: إنه معارض بما روي عن أنس بن مالك فقد روى عن عبدالله بن محمد بن أبي بكر قال: سألت أنساً عن نكاح المحرم قال: وما بأس به هل هو إلا كالبيع؟ وإسناده صحيح.

وأما الحنفية فقد استدلوا على مذهبهم بالسنة والمعقول:

أما السنة: فما روى الأوزاعي عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم.

ووجه الدلالة من هذا أن ابن عباس أخبر أن النبي ﷺ تزوج وهو محرم، فدل ذلك على صحة نكاح المحرم؛ لأن ما صح له ﷺ يصح لأمته إلا إذا قام دليل على الخصوصية، ولا دليل هنا.

وأما المعقول فقد قالوا: إن النكاح عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الأمة للتسري وغيره، ولا يفسد شيء من العقود بسبب الإحرام.

وقد قيل للحنفية في حديث ابن عباس ما يأتي:

أولاً: إن ميمونة وهي صاحبة القصة روت أنه تزوجها وهو حلال، وهي أعرف بالقضية من ابن عباس لتعلقها بها.

وثانياً: أن المراد بالمحرم أنه في الحرم، فإنه يقال لمن في الحرم وإن كان حلالاً. قال الشاعر:

قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً: أي في حرم المدينة.

ثالثاً: على تسليم أن النبي ﷺ تزوجها وهو محرم، فإن فعله معارض بقوله: «لا ينكح المحرم»، وإذا =

وَلَـوْ غَابَ الأَقْـرَبُ إِلَى مَرْحَلَتَيْنِ زَوَّجَ السُّلْطَانُ،

العاقد هو الموكل، ولا ينعزل الوكيل بإحرام موكله فيعقد بعد التحلل، ولو عقد الوكيل واختلف الـزوجان هـل وقع قبـل الإحرام أو بعـده صدق مـدّعي الصحة بيمينـه؛ لأن الظاهـر في العقود الصحة، ولو وكل محرم حلالاً في تزويجه، أو أذنت محرمة لوليها أن يزوجها صح، سـواء أقال وكل لتزوج بعد التحلل أم أطلق؛ لأن الإحرام إنما يمنع الانعقـاد دون الإذن، وإن شرط صـدور العقد في الإحرام لم يصح التوكيل ولا الإذن، ولو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً في التزويـج صح لأنه سفيـر محض. قال الـزركشي: هذا إذا لم يقـل له وكـل عن نفسك فـإن قال لـه ذلك ينبغي أنه لا يصح كما ذكروا مثله فيما إذا وكل الوليّ المرأة لتوكل عن نفسهـا من يزوّجهـا. قال شيخنا: والأوجه الصحة، ويفرق بأن المرأة ليست أهلاً للتزويج أصلاً بخلاف المحرم فـإنه في ذاته أهل لذلك وإنما عرض له مانع يزول عن قرب اهـ لكن كلام الـزركشي مطلق، فـإن حمل على أنه لم يقيد التزويج بحال الإحرام فما قالـه شيخنا في الـردّ عليه صحيـح، وإن حمل على التقييـد بحال الإحـرام فما قـاله الـزركشي صحيح كمـا لو قـال المحرم للحـلال زوّجني حـال إحرامي فلم يتحرّر بينهما محل النزاع.

فائدة: لو تزوّج ناسياً للصلاة صحت صلاتـه ونكاحـه، بخلاف المحـرم لو تـزوّج ناسيـاً للإحرام لم يصح نكاحه؛ لأن عبارة المحرم غير صحيحة وعبارة المصلي صحيحة **(ولو غـاب)** الوليّ **(الأقرب)** نسباً أو ولاء **(إلى مرحلتين)** ولا وكيـل له حـاضر بـالبلد، أو دون مسافـة القصر **(زوج السلطان)** أي سلطان بلدهـا أو نائبـه لا سلطان غير بلدهـا ولا الأبعد على الأصـح؛ لأن الغائب وليّ والتزويج حقّ له، فـإذا تعذر استيفـاؤه منه نـاب عنه الحـاكم، وقيل: يـزوج الأبعد

= تعارض القول مع الفعل يرجح القول على الفعل.

رابعاً: إن ذلك من خصائصه عليه الصلاة والسلام.

وقد أجيب عن هذه المناقشة بما يأتي:

أما قولكم: إن ميمونة أعرف بالقضية من ابن عباس فهذا غير مسلم، فإن ميمونة لا يمكن أن تلحق ابن عباس في هذه القضية وفي غيرها، لا سيما قد روى جماعة من الصحابة ما يوافق راوية ابن عباس، فقد روي عن أبي هريرة أنه قال: تزوج رسول الله ﷺ وهو مرحم، وروي عن مسروق عن عائشة قالت: تزوج رسول الله ﷺ نسائه وهو محرم، قال السهيلي: إنما أرادت نكاح ميمونة، ولكنها لم تسمها.

على أن حديث ميمونة الذي أخرجه مسلم فيه يزيد بن الأصم، وقد ضعفه عمرو بن دينار، ويجاب عن المناقشة الثانية. بأن قولكم: إن المراد بكونه محرماً أنه في الحرم أن الجوهري وهو من أئمـة اللغة ذكـر ما يخالف ذلك، فإنه قال: أحرم الرجل إذا دخل في الشهر الحرام، وأنشد البيت المذكور على ذلك، وأيضاً فلفظ البخاري أنه ﷺ تزوجها وهـو محرم، وبنى بهـا وهو حـلال يدفـع هذا التفسيـر ويبعده، ويجـاب عن المناقشة الثالثة: بأن ترجيح القول على الفعل ليس مما اتفق عليه الأصوليون فإن فيه خلافاً.

ويجاب عن المناقشة الرابعة بأننا لا نسلم الخصوصية هنا، وقد بينا ما في حديث عثمان رضي الله عنه فلا يصلح أن يكون دليلاً على الخصوصية.

وَدُونَهُمَا لَا يُزَوِّجُ إِلَّا بِإِذْنِهِ فِي الْأَصَحِّ، وَلِلْمُجْبِرِ التَّوْكِيلُ فِي التَّـزْوِيجِ بِغَيْـرِ إِذْنِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الزَّوْجِ فِي الْأَظْهَرِ، وَيَحْتَاطُ الْوَكِيلُ فَلَا يُزَوِّجُ غَيْـرَ كُفْءٍ، وَغَيْرُ الْمُجْبِـرِ إِنْ قَالَتْ لَهُ وَكِّلْ وَكَّلَ،

كالجنون. قال الشيخان: والأولى: للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوّج أو يستأذنه فيزوّج القاضي للخروج من الخلاف **(ودونهما)** أي المرحلتين **(لا يزوّج إلا بإذنـه في الأصح)** لقصـر المسافـة فيراجع فيحضر أو يوكل كما لو كان مقيماً. والثاني: يـزوّج لئلا تتضـرّر بفوات الكفء الـراغب كالمسافة الطويلة، وعلى الأول لو تعذر الوصول إليه لفتنة أو خوف جاز للسلطان أن يـزوج بغير إذنـه، قالـه الرويـاني. قال الأذرعي: والـظاهر أنـه لو كـان في البلد في سجن السلطان وتعذر الوصول إليه أن القاضي يزوج، ويزوج القاضي أيضاً عن المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا موته ولا حياته، لتعذر نكاحهـا من جهته فـأشبه مـا إذا عضل، هـذا إذا لم يحكم بموتـه وإلا زوجها الأبعد، وللقاضي التعويل على دعواها غيبة وليها، وأنهـا خلية عن النكـاح والعدّة؛ لأن العقـود يرجع فيها إلى قول أربابها، لكن يستحب إقـامة البينـة بذلـك، ولا يقبل فيهـا إلا شهادة مـطلع على بـاطن أحوالهـا. قال الـرافعي بعد ذكـره استحباب إقـامة البينـة، فعلى هذا لـو ألحت في المطالبة ورأى القاضي التأخير فهل له ذلك؟ وجهان أظهرهمـا له ذلـك احتياطـاً للأنكحـة، وله تحليفها أنها لم تأذن للغائب إن كان ممن لا يزوج إلا بـإذن، وعلى أنه لم يـزوجها في الغيبـة، ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى هل هي واجبة أو مندوبة؟ وجهان ويظهـر الأول احتياطـاً لـلأبضاع، ولـو زوجها الحـاكم لغيبة وليهـا ثم قدم وقـال: كنت زوجتها في الغيبـة قـدّم نكـاح الحاكـم، ويفارق ما لو باع عبد الغائب لدين عليه فقدم وادّعى بيعه حيث يقدّم بيع المالك بإذن الحاكم في النكاح كوليّ آخر، ولـو كان لهـا وليان فـزوج أحدهمـا في غيبة الآخـر ثم قدم وادّعى سبقـه كلف البينة، ولو باع الوكيل ثم ادّعى الموكل سبقه فكذلك على الأظهـر في النهايـة، فإن أقـام الوليّ بينة بسبقه قدّم نكاحه. وسيأتي بقية التفصيل في الوليين فيأتي مثله هنا **(وللمجبر)** لموليته **(التوكيل في التزويج)** منها **(بغير إذنها)** كما يزوّجها بغير إذنها، لكن يسنّ له استئذانهـا ويكفي سكوتها **(ولا يشترط)** في جواز توكيل المجبـر **(تعيين الزواج)** للوكيـل **(في الأظهر)** لأنـه يملك التعيين في التوكيل فيملك الإطلاق به كما في البيع وسائر التصـرّفات. والثـاني: يشترط ذلـك لاختلاف الأغراض باختلاف الأزواج، وليس للوكيل شفقة تدعوه إلى حسن الاختيـار. وأجاب الأول بـأن شفقة الـوليّ تدعـوه إلى أنه لا يـوكـل إلا من يثق بنـظره واختيـاره **(ويحتـاط)** حتمـاً **(الوكيل)** عند الإطلاق **(فلا يزوج غير كفء)** لأن الإطلاق مقيـد بالكفـء، ولا كفـء مـع طلب أكفأ منه، فإن زوج به لم يصح **(وغير المجبر)** لكونه غير أب أو جدّ أو لكونها ثيباً **(إن قالت له: وكل وكل)** يتناول كلامه ثلاث صور: الأولى: قالت له: زوّج ووكل فله الأمران جزماً. الثانية: قالت له: وكل وسكتت عن التزويج فله التوكيل جزماً، وظاهره أنه لا يزوج بنفسه وليس مراداً،

وَإِنْ نَهَتْهُ فَلَا، وَإِنْ قَالَتْ زَوِّجْنِي فَلَهُ التَّوْكِيلُ في الأَصَحِّ، وَلَوْ وَكَّلَ قَبْلَ اسْتِئْذَانِهَا في النِّكَاحِ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلْيَقُلْ وَكِيلُ الْوَلِيِّ زَوَّجْتُكَ بِنْتَ فُلَانٍ،

بل له ذلك. الثالثة: أذنت له في التوكيل ونهته عن التزويج بنفسه، ظاهره صحة الإذن، وليس مراداً بل الإذن باطل؛ لأنها منعت الوليّ وردّت التزويج إلى الوكيل الأجنبي فأشبه التفويض إليه ابتداء **(وإن)** أذنت له في التزويج، و **(نهته)** عن التوكيل **(فلا)** يوكل، ونفى الإمام والبغوي الخلاف فيه عملاً بإذنها لأنها إنما تزوج بالإذن ولم تأذن في تزويج الوكيل بل نهت عنه **(وإن قالت)** له **(زوجني)** ساكتة عن التوكيل والنهي عنه **(فله التوكيل في الأصح)** لأنه بالإذن متصرّف بالولاية فأشبه الوصي والقيم وهما يتمكنان من التوكيل بغير إذن، بل هو أولى منهما لأنهما نائبان وهو ولايته أصلية بالشرع، وإذنها في التزويج شرط في صحة تصرّفه وقد حصل، والثاني: لا؛ لأنه يتصرّف بالإذن فلا يوكل إلا بإذن كالوكيل، وعلى الأول لا يشترط تعيين الزوج للوكيل، فإن عينت في إذنها للوليّ شخصاً وجب تعيينه للوكيل في التوكيل وإلا لم يصح النكاح، وإن زوجها الوكيل من المعين اتفاقاً لأن التفويض المطلق مع أن المطلوب معين فاسد، وهذا كما لو قال وليّ الطفل للوكيل بع ماله بدون ثمن المثل فباعه الوكيل بثمن المثل فإنه لا يصح لفساد صيغة التفويض **(ولو وكل)** غير المجبر **(قبل استئذانها في النكاح لم يصح)** التوكيل **(على الصحيح)** المنصوص؛ لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذ فكيف يوكل غيره. والثاني: يصح؛ لأنه يلي تزويجها بشرط الإذن فله تفويض ماله لغيره.

تنبيه: كان الأولى أن يقول قبل إذنها؛ لأن استئذانها بغير إذنها لا عبرة به، وقد يفهم كلامه أنها لو أذنت له ولم يعلم فوكل أنه لا يصح، وينبغي كما قال الزركشي الصحة، كما لو تصرّف الفضولي وكان وكيلاً في نفس الأمر، ولو لم يكن لها وليّ سوى الحاكم وأمر رجلاً بتزويجها قبل أن تأذن له في تزويجها فزوجها بإذنها صحّ بناء على أن استنابة الحاكم في شغل معين كتحليف وسماع شهادة تجري مجرى الاستخلاف، ولو قالت للقاضي: أذنت لأخي أن يزوجني، فإن عضل فزوجني هل يصح الإذن أو لا؟ الظاهر كما قال الزركشي البطلان، ولو وكل المجبر رجلاً ثم زالت البكارة بوطء قبل التزويج هل تبطل الوكالة أو لا؟ لكن لا يزوج إلا بإذن، الأوجه الأول، ولو قال لوكيله في النكاح: تزوج لي فلانة من فلان وكان فلان وليها لفسق أبيها ثم انتقلت الولاية للأب، أو قال له زوجنيها من أبيها فمات الأب وانتقلت الولاية للأخ مثلاً هل للوكيل تزويجها ممن صار وليّاً؟ الظاهر كما قال الزركشي المنع **(وليقل وكيل الوليّ)** للزوج **(زوجتك بنت فلان)** أي زيد مثلاً فيقبل.

تنبيه: قضية قوله بنت فلان الاقتصار على اسم الأب، ومحله إن كانت مميزة بذكر الأب وإلا فلا بدّ أن يذكر صفتها ويرفع نسبها إلى أن ينتفي الاشتراك كما يؤخذ من كلام الجرجاني

وَلْيُقَلِ الْوَلِيُّ لِوَكِيلِ الزَّوْجِ زَوَّجْتُ بِنْتِي فُلَاناً، فَيَقُولُ وَكِيلُهُ قَبِلْتُ نِكَاحَهَا لَهُ،

(وليقل الوليّ لوكيل الزوج زوجت بنتي فلاناً) أي موكله **(فيقول وكيله قبلت نكاحها له)** فإن ترك لفظة له لم يصح العقد كما لو قال الزوج: قبلت ولم يقل نكاحها أو تزويجها، ومع ذلك فمحل الاكتفاء بما ذكر في الأولى إذا علم الشهود والزوج الوكالة، وفي الثانية إذا علمها الشهود والوليّ وإلا فيحتاج الوكيل إلى التصريح فيهما.

تنبيه: قد يفهم قول المصنف فيقول: إنه لا يجوز تقديم القبول على الإيجاب كقول وكيل الزوج: قبلت نكاح فلانة منك لفلان فيقول الوليّ زوجتها له، وليس مراداً فإن الذي جزم به في الروضة الجواز وسيأتي ما يدل عليه.

فروع: لو قال الوليّ لوكيل الزوج زوجتك بنتي فقال: قبلت نكاحها لموكلي لم يصح العقد لعدم التوافق، فإن قال: قبلت نكاحها وسكت انعقد له، ولا يقع العقد للموكل بالنية بخلاف البيع؛ لأن الزوجين هنا بمثابة الثمن والمثمن في البيع، فلا بد من ذكرهما، ولأن البيع يرد على المال وهو يقبل النقل من شخص إلى آخر فيجوز أن يقع للوكيل ثم ينتقل للموكل والنكاح يردّ على البضع وهو لا يقبل النقل، وإنكار الموكل في نكاحه للوكالة يبطل النكاح بالكلية بخلاف البيع لوقوعه للوكيل كما مرّ في كتاب الوكالة، وليقل وكيل الوليّ لوكيل الزوج: زوجت فلانة فلاناً، فيقول وكيل الزوج: قبلت نكاحها له ولو قال وكيل الزوج: قبلت نكاح فلانة منك لفلان. فقال وكيل الولي: زوجتها فلاناً صح؛ لأن تقديم القبول على الإيجاب جائز كما مرّ، فإن اقتصر وكيل الوليّ على قوله: زوجتها لم يصح كما لو تقدم على القبول، ولو أراد الأب أن يقبل النكاح لابنه بالولاية فليقل له الوليّ: زوجت فلانة بابنك، فيقول الأب: قبلت نكاحها لابني، ولا يشترط في التوكيل بقبول النكاح أو إيجابه ذكر المهر، فإن لم يذكره الزوج فيعقد له وكيله على من يكافئه بمهر المثل فما دونه، فإن عقد بما فوقه صح بمهر المثل قياساً على نظيره في الخلع، خلافاً لما في الأنوار من جزمه بعدم الصحة، وإن عقد وكيل الوليّ بدون ما قدّر له الوليّ صح بمهر المثل خلافاً لما جرى عليه ابن المقري من عدم الصحة، وإن عقد وكيل الزوج بأكثر مما أذن له فيه الزوج صح بمهر المثل على المذهب المنصوص كما قاله الزركشي خلافا لما في الأنوار من الجزم بعدم الصحة ولو قال الوليّ للوكيل: زوجها بشرط رهن أو ضمين بالمهر فلم يمتثل لم ينعقد تزويجه بخلاف ما لو قال: زوجها بكذا وخذ به رهناً أو كفيلاً فزوجها ولم يمتثل فإن العقد يصح كما في البيع فيهما، ولو وكله أن يزوجه امرأة ولم يعين المرأة لم يصح التوكيل، كما في الوكالة بشراء عبد لم يصفه بل أولى، بخلاف ما لو قال: زوجني من شئت فيصح لأنه عام، وما ذكر مطلق ودلالة العام على أفراده ظاهرة بخلاف المطلق لا دلالة له على فرد وبخلاف ما لو وكلت المرأة أو الوليّ فإنه لا

وَيَلْزَمُ المُجْبِرَ تَزْوِيجُ مَجْنُونَةٍ بَالِغَةٍ وَمَجْنُونٍ ظَهَرَتْ حَاجَتُهُ، لَا صَغِيرَةٍ وَصَغِيرٍ، وَيَلْزَمُ الْمُجْبِرَ وَغَيْرَهُ إِنْ تَعَيَّنَ إِجَابَةُ مُلْتَمِسَةِ التَّزْوِيجِ ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ كَإِخْوَةٍ فَسَأَلَتْ بَعْضَهُمْ لَزِمَهُ الْإِجَابَةُ فِي

يشترط تعيين الزوج كما مر لما في إلزام الزوج من الحقوق ولا كذلك هي، ولو قال شخص لآخر: زوجني فلانة بعبدك هذا مثلاً ففعل صح وملكته المرأة في أحد وجهين رجحه الأذرعي وهو قرض في أحد وجهين، رجحه الأذرعي أيضاً (**ويلزم المجبر**) وهو الأب أو الجدّ بنصب المجبر مفعولاً مقدّماً (**تزويج**) بالرفع على أنه فاعل مؤخر (**مجنونة**) أطبق جنونها (**بالغة**) محتاجة ولو ثيباً لاكتسابها المهر والنفقة، وربما كان جنونها لشدة الشبق (**ومجنون**) بالغ أطبق جنونه و (**ظهرت حاجته**) للنكاح بظهور رغبته فيه، إما بدورانه حول النساء وتعلقه بهن أو بتوقع شفائه بالوطء بقول عدلين من الأطباء لظهور المصلحة المترتبة على ذلك، فإن تقطع جنونهما لم يزوجهما حتى يفيقا ويأذنا، ومعلوم أن ذلك في غير البكر ويشترط وقوع العقد في حال الإفاقة.

تنبيه: لو قال المصنف يزوجان بكبر لحاجة لكان أولى، إذ لا فرق بينهما، وقول الشارح والحكمة في المخالفة بينهما أن تزويجها يفيدها المهر والنفقة وتزويجه يغرمه إياهما بحسب ما فهمه إذ وجود الحاجة كاف فيهما، ولذا عبر شيخنا في منهجه بما قلته، واعتذر عن المصنف بأن البلوغ مظنة الاحتياج إلى النكاح، ولهذا لم يقيد المجنون بالبلوغ لدلالة الحاجة عليه، وقيل: إن ذلك مشتمل على النوع المسمى في البديع بالاحتباك وهو أن يحذف من أول الكلام ما أثبت آخره وعكسه فحذف ظهور الحاجة في المجنونة وأثبت البلوغ فيها وحذف البلوغ في المجنون وذكر الحاجة فيه، فهو نظير قوله تعالى: ﴿فِئَةٌ تُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [آل عمران: ١٣] أي مؤمنة، ﴿وَأُخْرَى كَافِرَةٌ﴾ [آل عمران: ١٣] أي تقاتل في سبيل الشيطان، ولا يخالف هذا قول المصنف الآتي ويزوج المجنونة أب وجدّ إن ظهرت مصلحة، ولا تشترط الحاجة لأن ذلك في جواز التزويج له وهذا في لزومه ولو احتاج مجنون ولن يخدمه وليس في محارمه من يقوم بخدمته، ومؤن النكاح أخف من شراء أمة ومؤنتها فإنه يزوج نص عليه، فإن قيل: الزوجة لا يلزمها خدمة زوجها وإن وعدت ربما لا تفي. أجيب بأن طبعها يدعوها إلى خدمته والوازع الطبعي أقوى من الشرعي فقدم عليه و (**لا**) يلزم المجبر تزويج (**صغيرة و**) لا (**صغير**) سواء أكانا عاقلين أم مجنونين لعدم الحاجة في الحال، وسيأتي الكلام على الجواز، والمراد بالصغيرة الصغيرة البكر فإن الصغيرة الثيب العاقلة لا تزوج بحال كما مرّ (**ويلزم المجبر**) بالنصب وهو الأب والجدّ (**وغيره إن تعين**) كأخ واحد أو عم (**إجابة**) بالرفع (**ملتمسة التزويج**) البالغة إن دعت إلى كفء تحصيناً لها، فإن امتنع أثم كالقاضي أو الشاهد إذا تعين عليه القضاء أو الشهادة وامتنع، وقيل: لا يلزمه الإجابة ولا يأثم؛ لأن الغرض يحصل بتزويج الحاكم (**فإن لم يتعين**) غير المجبر (**كإخوة**) أشقاء أو لأب (**فسألت بعضهم**) التزويج (**لزمه الإجابة**) إليه (**في**)

الأَصَحِّ، وَإِذَا اجْتَمَعَ أَوْلِيَاءُ فِي دَرَجَةٍ اسْتُحِبَّ أَنْ يُزَوِّجَهَا أَفْقَهُهُمْ وَأَسَنُّهُمْ بِرِضَاهُمْ فَإِنْ تَشَاحُّوا أُقْرِعَ، فَلَوْ زَوَّجَ غَيْرُ مَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ وَقَدْ أَذِنَتْ لِكُلٍّ مِنْهُمْ صَحَّ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ زَيْداً وَآخَرُ عَمْراً،

الأصح) لئلا يؤدي إلى التواكل فلا يعفوها، والثاني: المنع لإمكانه بغيره وهما كالوجهين في الشهود إذا طلب من بعضهم أداء الشهادة، وقضية الأول أنه يصير بالامتناع عاضلاً فيزوج السلطان. قال الزركشي: وهو مشكل إذ كيف يزوج مع وجود وليّ آخر في درجة الممتنع، والأقرب أنه يزوج هنا بإذنهم، وينبغي ضبط مدة المراجعة بمسافة القصر اهـ وما قاله مخالف للروضة وأصلها من أن السلطان إنما يزوج عند امتناع الجميع وتقدّم كيفية العضل فلا يتقيد بمدّة **(وإذا اجتمع أولياء)** من النسب **(في درجة)** ورتبة كإخوة أشقاء أو لأب أو أعمام كذلك وأذنت لكل منهم بانفراده، أو قالت: أذنت في فلان فمن شاء منكم فليزوجني منه **(استحب أن يزوجها أفقههم)** بباب النكاح لأنه أعلم بشرائطه وبعده أورعهم كما في الروضة لأنه أشفق وأحرص على طلب الحظ **(و)** بعده **(أسنهم)** لزيادة تجربته **(برضاهم)** أي رضا الباقين؛ لأنه أحوج للمصلحة لتجتمع الآراء ولا يتشوش بعضهم باستيثار بعض، فإن زوجها المفضول برضاها بكفء صح ولا اعتراض للباقين أو بغير كفء لم يصح حتى يجتمعوا، ولو عينت بعد إطلاق الإذن واحداً لم ينعزل الباقون، ولو أذنت لأحدهم لم يزوج غيره، ولو قالت: زوجوني اشترط اجتماعهم في الأصح، أما أولياء العتق فيجب اجتماعهم في العقد ولو بوكالة، نعم عصبة المعتق كالأقارب **(فإن تشاحوا)** بأن قال كل منهم: أنا أزوج ولم يرضوا بواحد منهم وقد أذنت لكل منهم واتحد الخاطب **(أقرع)** بينهم وجوباً قطعاً للنزاع، فمن خرجت قرعته زوج ولا تنتقل الولاية للسلطان، أما إذا تعدد الخاطب فإنه يعتبر رضاها، وإن رضيت بالجميع أمر القاضي بتزويجها من الأصلح لها منهم أي بعد تعيينه، ولو أذنت لجماعة من القضاة على أن يستقلّ كل منهم بتزويجها فتنازعوا فيمن يزوج. قال الزركشي: والظاهر أنه لا يقرع؛ لأن كلاً منهم مأذون له في الانفراد ولاحظ له فيه فليبادر إلى التصرف إن شاء بخلاف الوليّ، وأطلق ابن كج أن الذي يقرع بين الأولياء هو السلطان. وقال ابن داود: يندب أن يقرع السلطان، فإن أقرع غيره جاز وهذا أوجه **(فلو زوجـ)**ـها بعد القرعة **(غير من خرجت قرعته وقد أذنت لكل منهم)** أن يزوجها **(صح)** تزويجه **(في الأصح)** للإذن فيه. والثاني: لا يصح ليكون للقرعة فائدة، وأجاب الأوّل بأن فائدتها قطع النزاع بينهم لا سلب الولاية عمن لم تخرج له، وخرج بقيد خروج القرعة لأحدهم ما لو بادر أحدهم وزوج مع التنازع قبل القرعة فإنه يصح قطعاً بلا كراهة؛ لأنه لم يوجد ما يميز حق الولاية بغيره، وبقوله: وقد أذنت لكل منهم ما لو أذنت لأحدهم فزوج الآخر فإنه لا يصح قطعاً كما مرّ **(ولو)** أذنت لهم في التزويج و **(زوجها أحدهم)** أي الأولياء المستوين في الدرجة **(زيداً)** وهو كفء **(وآخر عمراً)** كذلك

فَإِنْ عُـرِفَ السَّابِقُ فَهُـوَ الصَّحِيحُ، وَإِنْ وَقَعَا مَعاً أَوْ جُهِلَ السَّبْقُ وَالمَعِيَّةُ فَبَاطِلَانِ، وَكَذَا لَوْ عُرِفَ سَبْقُ أَحَـدِهِمَا وَلَمْ يَتَعَيَّنْ عَلَى المَـذْهَبِ، وَلَـوْ سَبَقَ مُعَيَّنٌ ثُمَّ اشْتَبَـهَ وَجَبَ التَّـوَقُّفُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ،

أو أذنت لأحدهم أن يزوجها من زيد، والآخر أن يزوجها من عمرو فزوجاها أو وكل المجبر رجلاً فزوجها الوليّ بزيد، والوكيل عمراً أو وكل رجلين فزوجاها من كفأين، فلهذه المسألة خمسة أحوال، شرع المصنف في أولها بقوله: **(فإن عرف السابق)** منهما ببينة أو تصادق معتبر **(فهو الصحيح)** وإن دخل بها المسبوق والآخر باطل، ثم شرع في ثانيها بقوله: **(وإن وقعا)** أي التزويجان **(معاً)** وتعدّد الخاطب، ثم شرع في ثالثها بقوله **(أو جهل السبق والمعية)** فيهما **(فباطلان)** أما في الأولى فلأن الجمع ممتنع، وليس أحدهما أولى من الآخر فتعين بطلانهما، وأما في الثانية فلأنهما إن وقعا معاً تدافعا أو مرتباً فلا اطلاع على السابق منهما، وإذا تعذر إمضاء العقد لغا، إذ الأصل في الأبضاع الحرمة حتى يتحقق السبب المبيح، فإن اتحد الخاطب في الصورة الأولى بأن أوجب كل من الوليين له معاً صح ويقبل كل من الإيجابين، ويستحب في الصورة الثانية أن يقول القاضي: فسخت السابق منهما أو يأمرهما أو أحدهما بالتطايق ليكون نكاحها بعد على يقين الصحة، ويثبت للقاضي هذه الولاية في هذه الحالة للضرورة. قاله المتولي وغيره، ثم شرع في رابعها بقوله **(وكذا لو عرف سبق أحدهما)** أي التزويجين **(ولم يتعين)** بأن أيس من تعيينه ولم ترج معرفته فباطلان أيضاً **(على المذهب)** أما الثاني منهما فظاهر، وأما الأول فلتعذر إمضائه لعدم تعيينه، والطريق الثاني قولان. أحدهما: هذا، والثاني مخرج من نظير المسألة في الجمعتين: أنه يوقف الأمر حتى يتبين فإن رجي معرفته وجب التوقف كما في الذخائر.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن النكاحين يبطلان ظاهراً وباطناً فيما إذا علم السبق دون السابق وعند جهل السبق والمعية. قال الأذرعي: وهو الذي اقتضاه كلام الشيخ أبي حامد وغيره، والذي في الروضة ينبغي أن يقال: الأصح إن جرى فسخ من الحاكم فسخ باطناً وإلا فلا؛ لأن المرأة لما لم يحصل لها العوض عاد إليها المعوّض كالبائع إذا أفلس المشتري بثمن سلعته عادت إليه بفسخ الحاكم ملكاً ظاهراً وباطناً، ثم شرع في خامسها بقوله **(ولو سبق معين ثم اشتبه)** بالآخر **(وجب التوقف حتى يتبين)** السابق لجواز التذكر؛ لأنا تحققنا صحة العقد فلا يرتفع إلا بيقين فيمتنعان منها، فلا يحلّ لواحد منهما الاستمتاع بها، ولا تنكح غيرهما إلا ببينوتها منهما بأن يطلقاها أو يموتا أو يطلقها أحدهما ويموت الآخر، وتنقضي عدّتها من موت آخرهما، ولا يبالى بطول ضررها كزوجة المفقود، والذي انقطع دمها بمرض ونحوه فإنها تصبر إلى سنّ اليأس مع الضرر، ولها طلب فسخ نكاحها في هذه الحالة لتضرّرها بسبب التوقف للإشكال كالعيب كما قاله الشيخان في موانع النكاح.

فَإِنِ ادَّعَىٰ كُلُّ زَوْجٍ عِلْمَهَا بِسَبْقِهِ سُمِعَتْ دَعْوَاهُمَا بِنَاءً عَلَى الجَدِيدِ، وهُوَ قَبُولُ إِقْرَارِهَا بِالنِّكَاحِ ، فَإِنْ أَنْكَرَتْ حُلِّفَتْ،

تنبيه: هذا كله إذا كانا كفأين كما تقرر، فإن كانا غير كفأين فنكاحهما باطل أو أحدهما كفء فنكاحه هو الصحيح وإن تأخر، وهو محمول على ما إذا لم يرضوا بكل منهما، وحيث قلنا بالتوقف فمات في مدّته أحدهما وقف من تركته ميراث زوجة إن لم يكن له غيرها وإلا فحصتها من الرّبع أو الثمن أو ماتت هي وقف ميراث زوج إلى تبين الحال أو الإصطلاح، ولا يطالب أحدهما بالمهر للإشكال، ولا سبيل إلى إلزام مهرين ولا إلى قسمة مهر عليهما، وفي مطالبتها بالنفقة وجهان أصحهما عند الإمام والغزالي لا، لعدم التمكين، والأصل البراءة، وحبسها ليس من جهتهما، وعند ابن كج وغيره نعم لصورة العقد وعدم النشوز مع حبسها، وكلام الرافعي في الشرح الصغير يقتضي ترجيحه، وهو المعتمد، وليس في الروضة كأصلها تصريح بترجيح، وعلى الوجوب يوزع عليهما، فإن تعين السابق منهما وقد اتفقا لم يرجع الآخر عليه بما أنفق إلا إذا أنفق بإذن الحاكم كما صوّبه الإسنوي وغيره، وقال أبو عاصم العبادي: يحتمل أن يقال: إنما يرجع إذا أنفق بغير إذن الحاكم، وبهذا قطع ابن كج كذا في الرّوضة وأصلها، وجرى على هذا ابن المقري، ووجهه شيخي بأن الإذن هنا بمعنى الإلزام، واللازم للشخص لا يرجع به، ومع هذا فالأوجه الأول، وما تقدّم كله عند اعتراف الزوجين بالإشكال (**فإن ادّعى كل زوج**) منهما عليها أو أحدهما فقط، وكلّ كفء كما مرّ أو عند إسقاط الكفاءة (**علمها بسبقه**) أي سبق نكاحه معيناً، ولو عبر به كان أولى (**سمعت دعواهما بناء على الجديد، وهو قبول إقرارها بالنكاح**) لئلا يتعطل حقاهما، فإن لم يقبل إقرارها لم تسمع، إذ لا فائدة فيه، وخرج بقوله بسبقه: أي سبق نكاحه ما إذا ادّعيا عليها أنها تعلم سبق أحد النكاحين فإنها لا تسمع أيضاً كما جزم به في الرّوضة كأصلها للجهل بالمدعي. وقال السبكي: نصّ الأمّ يقتضي أنها تسمع للحاجة.

تنبيه: قوله: فإن ادّعى كل زوج أي عليها كما قدرته، وصرّح به في المحرر، ويفهمه قول المصنف علمها، وخرج به دعوى كل من الزوجين على الآخر فلا تسمع؛ لأن الحرّة لا تدخل تحت اليد، فليس في يد واحد منهما ما يدّعيه الآخر، وذكر الحرّة جرى على الغالب وإلا فالزوجة لا تدخل تحت اليد من حيث الزوجية مطلقاً، وخرج به أيضاً الدعوى على الوليّ، وحكمه إن كان مجبراً سمعت، ويحلف وإن كانت كبيرة على الأصح، وإلا فلا؛ لأن إقراره لا يقبل، ثم إن حلف فللمدعي منهما تحليف الثيب أيضاً بعد الدعوى عليها، فإن نكلت حلف المدعي اليمين المردودة وثبت نكاحه، وكذا إن أقرّت له، ولا يقدح فيها حلف الوليّ (**فإن أنكرت**) علمها به (**حلفت**) بضم أوله بخطه على نفي العلم؛ لأن اليمين توجهت عليها يمين وينفسخ النكاح كما قاله الجوري عن النصّ. وأما إقرار الخرساء فسيأتي.

وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا ثَبَتَ نِكَاحُهُ وَسَمَاعُ دَعْوَى الْآخَرِ، وَتَحْلِيفُهَا لَهُ يَنْبَنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَنْ قَالَ: هٰذَا لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو هَلْ يَغْرَمُ لِعَمْرٍو إِنْ قُلْنَا نَعَمْ، فَنَعَمْ،

تنبيه: قضية كلامه الاكتفاء بيمين واحدة، وهو أحد وجهين قال به القفال، والوجه الثاني: يجب لكل منهما يمين وإن رضيا بيمين واحدة، وبه قال البغوي، وهو الأوجه كما رجحه السبكي، ولو حلفها الحاضر فهل للغائب تحليفها لتميز حق كل منهما عن الآخر أولاً؛ لأن الواقعة واحدة وجهان، والأوجه الأول كما يؤخذ من ترجيح ما مرّ، ومحل الخلاف إذا حلفت أنها لا تعلم سبقه ولا تاريخ العقدين، فإن اقتصرت على أنها لا تعلم سبقه تعين الحلف للثاني وأجرى هذا الخلاف في كل خصمين يدعيان شيئاً واحداً، وإذا حلفت لهما بقي الإشكال، وفي بقاء التداعي والتحالف بينهما وجهان أحدهما: لا، وهو ما نصّ عليه الشافعي والعراقيون وغيرهم كما حكاه جماعة منهم ابن الرفعة وصرّح كغيره تفريعاً عليه ببطلان النكاحين، وثانيهما: نعم، وهو ما نقله الرافعي عن الإمام والغزالي؛ لأنها إنما حلفت على نفي العلم بالسبق، وهو لا ينافي جريان أحد العقدين على الصحة، والممتنع إنما هو ابتداء التداعي والتحالف بينهما من غير ربط الدعوى بها، والأوّل كما قال شيخي أوجه، فإن ردّت عليهما اليمين فحلفا أو نكلا بقي الإشكال، وقياس ما مرّ عن ابن الرفعة أن يقال: فإن حلفا أو نكلا بطل نكاحهما كما لو اعترفا بالإشكال، وبه صرّح الجرجاني، واقتضاه كلام غيره، وجرى عليه شيخنا في شرحه على البهجة، وإن حلف أحدهما اليمين المردودة ثبت نكاحه، ويحلفان على البتّ لأنهما يحلفان على فعل أنفسهما بخلاف المرأة كما مرّ **(و)** على الجديد أيضاً **(إن أقرّت)** بالسبق **(لأحدهما ثبت نكاحه)** منها بإقرارها، ويصح إقرار الخرساء وشبهها بالإشارة المفهمة بسبق نكاح أحدهما، وإلا فلا يصح ذلك، ولا يمين عليها، والحال حال الإشكال **(و)** أما **(سماع دعوى)** الزوج **(الآخر)** عليها **(وتحليفها له)** فإنه **(ينبني على القولين)** السابقين في كتاب الإقرار **(فيمن)** أي في مسألة من **(قال)** في إقراره **(هذا)** المال **(لزيد)** لا **(بل)** هو **(لعمرو، هل يغرم لعمرو)** وهو من وضع المظهر موضع المضمر **(إن قلنا نعم)** أي يغرم، وهو أظهر القولين هناك **(فنعم)** أي فتسمع الدعوى، وله التحليف رجاء أن تقرّ فيغرمها مهر المثل وإن لم تحصل له الزوجية، فإن نكلت وحلف غرمت له مهر مثلها وإن لم يدخل بها، فإن لم يحلف فلا غرم له عليها، وإن أقرّت لهما معاً فهو لغو.

فرعان: أحدهما: قولها لأحدهما لم يسبق نكاحك إقرار منها للآخر إن اعترفت قبله بسبق أحدهما، وإلا فيجوز أن يقعا معاً، فلا تكون مقرّة بسبق العقد الآخر. ثانيهما: إذا لم يتعرّض للسبق ولا لعلمها به وادّعيا عليها الزوجية وفصلا القدر المحتاج إليه لزمها الحلف الجازم لكل منهما بأن تحلف أنها ليست زوجته، ولا يكفيها الحلف على نفي العلم بالسابق، ويجوز لها ذلك إن لم تعلم سبقه وعدم العلم يجوّز لها الحلف الجازم. ثم شرع في تولي

وَلَوْ تَوَلَّى طَرَفَيْ عَقْدٍ فِي تَزْوِيجِ بِنْتِ ابْنِهِ بِابْنِ ابْنِهِ الْآخَرِ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ، وَلَا يُزَوِّجُ ابْنُ الْعَمِّ نَفْسَهُ بَلْ يُزَوِّجُهُ ابْنُ عَمٍّ فِي دَرَجَتِهِ، فَإِنْ فُقِدَ فَالْقَاضِي، فَلَوْ أَرَادَ الْقَاضِي نِكَاحَ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا زَوَّجَهُ مَنْ فَوْقَهُ مِنَ الْوُلَاةِ

طرفي عقد النكاح الذي ينفرد به الجدّ عن الأب، فقال: (**ولو تولى**) جدّ (**طرفي عقد في تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر صح في الأصح**) لقوّة ولايته كالبيع، والثاني: لا يصح؛ لأن خطاب الإنسان مع نفسه لا ينتظم، ولخبر: «كُلُّ نِكَاحٍ لَا يَحْضُرُهُ أَرْبَعَةٌ فَهُوَ سِفَاحٌ» رواه البيهقي والدارقطني.

تنبيه: للمسألة كما قال المصنف في نكت التنبيه شروط: الأوّل: أن لا يكون أبو الولد من أهل الولاية، وأن يكون ابن الابن محجوراً عليه، وأن تكون بنت الابن بكراً أو مجنونة، فاستفيد من الشرط الثالث أن يكون الجدّ مجبراً، وبه صرّح الماوردي وغيره من العراقيين فلا يجوز في بنت ابنه الثيب البالغة العاقلة، وهو وارد على إطلاق المصنف، ولا بدّ من إيجاب وقبول كالبيع وأولى. وقيل: يكفي الإيجاب، وشرط صاحب الاستقصاء وابن معين في التنقيب أن يقول وقبلت بالواو نكاحها، فلو تركها لم يصح. قال الزركشي: وينبغي طرده في البيع ونحوه اهـ وهذا كما قال شيخي رأي مرجوح.

فروع: من لا وليّ لها إلا الحاكم إذا زوجها لمجنون ونصب من يقبل ويزوجها منه وبالعكس فإنه يصح، نبه على ذلك الزركشي، وفي البحر: لو أراد الحاكم تزويج مجنونة بمجنون لا نصّ فيه، والقياس أنه لا يتولى الطرفين ولا يحتمل على المذهب غيره، وللعمّ تزويج بنت أخيه بابنه البالغ، ولابن العمّ تزويج بنت عمه بابنه البالغ على المذهب فيهما؛ لأنه لم يوجد تولي الطرفين، فإن زوجها أحدهما بابنه الطفل لم يصح لأنه نكاح لم يحضره أربعة، وليس له قوّة الجدودة، وعليه قال البلقيني: الأقرب أنه لا يتعين الصبر إلى بلوغ الصبي فيقبل بل يقبل له أبوه والحاكم يزوجها منه كالوليّ إذا أراد أن يتزوّج موليته، ولو تولى الطرفين في تزويج عبده بأمته إن قيل له إجباره صح وإلا فلا، والأصح ليس له ذلك (**ولا يزوج ابن العمّ**) ونحوه كمعتق وعصبته (**نفسه**) وحينئذ فلا يتولى طرفي العقد (**بل يزوجه ابن عمّ**) له شقيق أو لأب (**في درجته**) بأن كان مساوياً له فيها، فإذا كان ابن العمّ شقيقاً وله ابنا عمّ أحدهما شقيق والآخر لأب زوجها منه الأوّل، هذا إن وجد (**فإن فقد**) من في درجته حساً أو حكماً كأن كان ابن عمّ شقيقاً ومعه آخر لأب (**فالقاضي**) أي قاضي بلدها لا قاضي بلده يزوجه في الأصح بالولاية العامة، ولا تنتقل الولاية للأبعد، ولو قالت لابن عمها أو لمعتقها: زوجني من نفسك زوجه القاضي بهذا الإذن كما صوّبه في الروضة خلافاً لما صوّبه البلقيني، لا إن قالت: زوجني من شئت أو زوجني (**فلو أراد القاضي نكاح من لا وليّ لها**) مختصّ بها لنفسه أو لموليه بقبوله له (**زوجه من فوقه**) كالسلطان أو من هو مثله (**من الولاة**) في بلده أو غيرها إن كانت

أَوْ خَلِيفَتُهُ، وَكَمَا لَا يَجُوزُ لِوَاحِدٍ تَوَلِّي الطَّرَفَيْنِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ وَكِيلاً فِي أَحَدِهِمَا أَوْ وَكِيلَيْنِ فِيهِمَا فِي الأَصَحِّ.

فَصْلٌ

زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ غَيْرَ كُفْءٍ بِرِضَاهَا أَوْ بَعْضُ الأَوْلِيَاءِ المُسْتَوِينَ بِرِضَاهَا وَرِضَا الْبَاقِينَ صَحَّ،

الزوجة في عمل ذلك القاضي (**أو خليفته**) لأن حكمه نافذ عليه، وفيه وجه نقل عن ابن يحيى البلخي القاضي أنه يتولاه بنفسه، وفعله حين كان قاضياً بدمشق. قال السبكي: وهو من غرائبه، ويجري الخلاف في تزويج القاضي الإمام الأعظم ومحجوره فيزوجها منه القاضي بالولاية كما يزوج خليفة القاضي من القاضي (**وكما لا يجوز لواحد**) غير الجدّ (**تولّي الطرفين لا يجوز أن يوكل وكيلاً في أحدهما**) ويتولى الطرف الآخر (**أو وكيلين فيهما**) أي واحد في الإيجاب وآخر في القبول فيتولياه لم يجز (**في الأصح**) لأن فعل وكيله كفعله، بخلاف تزويج خليفة القاضي له لأن تصرّفه بالولاية، والثاني: يجوز لانعقاده بأربعة.

تنبيه: مقتضى تعليلهم أن الجدّ لو وكل وكيلاً في تولي الطرفين يجوز لأن له تعاطيه، وقضية كلام ابن الرّفعة المنع، وهو المعتمد كما قاله شيخي، إذ لا يلزم من جواز فعل الشخص لشيء جواز توكيله فيه. نعم لو وكل وكيلين في ذلك صحّ.

فَصْلٌ

في الكفاءة المعتبرة في النكاح دفعاً للعار، وليست شرطاً في صحة النكاح، بل هي حق للمرأة والوليّ فلهما إسقاطها، وحينئذ فإذا (**زوجها الوليّ**) المنفرد كأب أو عمّ (**غير كفء برضاها أو**) زوجها (**بعض الأولياء المستوين**) كأخوة وأعمام (**برضاها ورضا الباقين**) ممن في درجته غير كفء (**صح**) التزويج؛ لأن الكفاءة حقها وحق الأولياء كما مرّ، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم[1]، واحتج له في الأمّ بأن النبي ﷺ زوج بناته من غيره ولا أحد يكافئه.

---

(١) وقع خلاف بين العلماء في الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة ويجب توفرها شرعاً بين الزوجين فمنهم من اعتبرها في أربعة أشياء: الدين، النسب، الحرية، الصناعة.
قال الشوكاني: وهو قول أكثر العلماء.
وقال أحمد رحمه الله في رواية عنه: إنها الدين والنسب وفي رواية أخرى إنها: الدين والنسب والحرية والصناعة والمال وفي اعتبار النسب روايتان:
إحداهما: إن العرب بعضهم لبعض أكفاء.
والثانية: إن قريشاً لا يكافئهم إلا قرشي وبنو هاشم لا يكافئهم إلا هاشمي.
وقال أصحاب الشافعي رحمهم الله:
=

وَلَوْ زَوَّجَهَا الأَقْرَبُ بِرِضَاهَا فَلَيْسَ لِلأَبْعَدِ اعْتِرَاضٌ، وَلَوْ زَوَّجَها أَحَدُهُمْ بِهِ بِرِضَاهَا

قال السبكي: إلا أن يقال: إن ذلك جاز للضرورة لأجل نسلهنّ وما حصل من الذريّة الطاهرة كما جاز لآدم ﷺ تزويج بناته من بنيه اهـ، وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس وهي قرشية بنكاح أسامة وهو مولى للنبي ﷺ متفق عليه، وفي الدارقطني أن أخت عبد الرحمن بن عوف، وهي هالة كانت تحت بلال، وهو مولى للصدّيق رضي الله تعالى عنه. وفي الصحيحين: «أن المقداد رضي الله تعالى عنه تزوج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وكانت قرشية» والمقداد ليس بقرشيّ، وفيهما أيضاً: «أن أبا حذيفة زوج سالماً مولاه لابنة أخيه الوليد بن عتبة». فإن قيل: موالي قريش أكفاء لهم. أجيب بأن الجمهور على المنع كما نقله في زيادة الروضة.

تنبيه: شمل قوله برضاها ما إذا كانت مجبرة واستؤذنت من غير كفيء فسكتت وهو المذهب، وسواء في ذلك الرشيدة والسفيهة كما صرّح به في الوسيط، فإذا رضيت السفيهة بغير كفء صح، وإن كانت محجوراً عليها؛ لأن الحجر إنما هو المال خاصة فلا يظهر لسفهها أثر هنا، واستثنى شارح التعجيز كفاءة الإسلام فلا تسقط بالرضا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: ٢٢١] ويكره التزويج من غير كفء برضاها كما قاله المتولي وإن نظر فيه الأذرعي ومن الفاسق برضاها كما قاله الشيخ عز الدين إلا أن يكون يخاف من فاحشة أو ريبة، وقوله: المستوين زيادة بيان؛ لأن كلام الأصحاب يقتضي أن الأبعد لا يكون ولياً مع الأقرب، ويدل لذلك قول المصنف رحمه الله تعالى: **(ولو زوجها الأقرب)** غير كفء **(برضاها فليس للأبعد اعتراض)** إذ لا حق له الآن في التزويج، لكن قال السبكي: لو قيل: إنه ولي لأنه قريب إلا أن الأقرب يقدّم عليه في الاستحقاق لم يبعد، وحينئذ لا بدّ من قيد المستوين ليخرج الأبعد. فإن قيل: الأبعد وإن لم يكن له ولاية لكنه يلحقه عار لنسبه فلِمَ لا يشترط رضاه؟. أجيب بأن القرابة تنتشر كثيراً فيشق اعتبار رضاهم، ولا ضابط يوقف عنده، فالوجه قصره على الأقربين **(ولو زوجها أحدهم)** أي المستوين **(به)** أي غير الكفء **(برضاها**

يعتبر فيها الدين والنسب والحرفة والحرية والسلامة من العيوب المنفرة فمن به جنون أو جذام أو برص لا يكافىء ولو من بها ذلك وإن اتحد النوع وكان ما بها أقبح لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه ومن به جب أو عنة لا يكافىء ولا رتقاء أو قرناء.

أما العيوب التي لا تثبت الخيار فلا تؤثر كعمى وقطع أطراف وتشويه صورة وقال بعضهم: ليس الشيخ كفئاً للشابة وكذا من قام به وصف بكسر سورة التوقان.

ولهم في اليسار أوجه (أ) اعتباره فيها (ب) إلقاؤه (جـ) اعتباره في أهل المدن دون أهل البوادي. كما أشار المصنف. وأما الحنفية فتعتبر في ستة أشياء عندهم: النسب، والإسلام بالنسبة للآباء والأجداد، والحرية، والمال، والديانة، والحرفة.

وذهب مالك رحمه الله والثوري وأبو الحسن البصري إلى أنها معتبرة في الدين والخلق لا غيره.

فلا تزوج عفيفة بفاجر ويجوز للعبد القن نكاح الحرة النسيبة الغنية متى كان مسلماً عفيفاً ويجوز لغير القرشيين نكاح القرشيات ولغير الهاشميين نكاح الهاشميات وللفقراء نكاح الموسرات. وفي رواية أخرى عن مالك أنه يعتبرها في الدين والحرية والسلامة من العيوب.

دُونَ رِضَاهُمْ لَمْ يَصِحَّ، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ، ولَهُمْ الْفَسْخُ، وَيَجْرِي الْقَوْلاَنِ في تَزْوِيجِ الأَبِ بِكْراً صَغِيرَةً أَوْ بَالِغَةً غَيْرَ كُفْءٍ بِغَيْرِ رِضَاهَا فَفِي الأَظْهَرِ بَاطِلٌ، وَفِي الآخرِ يَصِحُّ، وَلِلْبَالِغَةِ الخِيَارُ، وَلِلصَّغِيْرَةِ إِذَا بَلَغَتْ، وَلَوْ طَلَبَتْ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا السُّلْطَانُ بِغَيْرِ كُفْءٍ فَفَعَلَ لَمْ يَصِحَّ فِي الأَصَحِّ. وَخِصَالُ الْكَفَاءَةِ: سَلاَمَةٌ مِنَ الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ

دون رضاهم) أي باقي المستوين **(لم يصح)** التزويج به؛ لأن لهم حقاً في الكفاءة فاعتبر رضاهم كرضا المرأة.

تنبيه: يستثنى من إطلاقه ما لو زوجها بمن به جبّ أو عنة برضاها فإنه يصح، ولا يعتبر رضا الباقين بذلك، وما لو رضوا بتزويجها بغير كفء ثم خالفها الزوج ثم زوجها أحدهم به برضاها دون رضا الباقين فإنه يصح كما هو قضية كلام الروضة، وجزم به ابن المقري لرضاهم به أولا وإن خالف في ذلك صاحب الأنوار، وفي معنى المختلع الفاسخ والمطلق رجعياً إذا أعاد زوجته بعد البينونة والمطلق قبل الدخول **(وفي قول)** نصّ عليه في الإملاء **(يصح ولهم الفسخ)** لأن النقصان يقتضي الخيار لا البطلان كما لو اشترى معيباً **(ويجري القولان في تزويج الأب)** أو الجدّ **(بكراً صغيرة أو بالغة غير كفء)** وقوله **(بغير رضاها)** قيد في البالغة **(ففي الأظهر)** التزويج المذكور **(باطل)** لأنه على خلاف الغبطة؛ لأن وليّ المال لا يصحّ تصرّفه بغير الغبطة فوليّ البضع أولى **(وفي الآخر يصحّ، وللبالغة الخيار)** في الحال **(وللصغيرة)** أيضاً **(إذا بلغت)** كما مرّ، ويجري الخلاف الذي ذكره المصنف في تزويج غير المجبر إذا أذنت في التزويج مطلقاً **(ولو طلبت من لا وليّ لها)** خاصاً **(أن يزوّجها السلطان)** أو نائبه **(بغير كفء ففعل لم يصحّ)** تزويجه به **(في الأصحّ)** لأنه نائب المسلمين ولهم حظ في الكفاءة، والثاني: يصحّ كالوليّ الخاصّ، وصححه البلقيني وقال: إن ما صححه المصنف ليس بمعتمد، وليس للشافعي نصّ شاهد له ولا وجه له، فإن قيل: يدلّ لذلك خبر فاطمة بنت قيس السابق. أجيب بأنه ليس فيه أنه ﷺ زوّجها أسامة بل أشار عليها به ولا يدري من زوّجها فيجوز أن يكون زوّجها وليّ خاصّ برضاها، ولو كان لها وليّ ولكن زوّجها السلطان لغيبته أو عضله أو إحرامه فلا تزوّج إلا من كفء قطعاً؛ لأنه نائب عنه في التصرّف فلا يصح ذلك مع عدم إذنه، ولو كان الوليّ حاضراً وفيه مانع من فسق ونحوه وليس بعده إلا السلطان فزوج السلطان من غير كفء برضاها فظاهر إطلاقهم طرد الوجهين، ولما اعتبر الكفاءة في النكاح، وهي بالفتح والمدّ والهمزة لغة: التساوي والتعادل، وشرعاً أمر يوجب عدمه عاراً شرع في بيانها، فقال: **(وخصال الكفاءة)** أي الصفات المعتبرة فيها ليعتبر مثلها في الزوج خمسة: أوّلها **(سلامة من العيوب المثبتة للخيار)** في النكاح وسيأتي في بابه، فمن به بعضها كجنون أو جذام أو برص ليس كفؤاً للسليمة عنها؛ لأن النفس تعاف صحبة من به بعضها ويختلّ بها مقصود النكاح، ولو كان بها عيب أيضاً فلا

وَحُرِّيَّةٌ، فَالرَّقِيقُ لَيْسَ كُفْؤاً لِحُرَّةٍ، وَالْعَتِيقُ لَيْسَ كُفْؤاً لِحُرَّةٍ أَصْلِيَّةٍ، وَنَسَبٌ، فَالْعَجَمِيُّ لَيْسَ كُفْءَ عَرَبِيَّةٍ، وَلَا غَيْرُ قُرَشِيٍّ قُرَشِيَّةً، وَلَا غَيْرُ هَاشِمِيٍّ وَمُطَّلِبِيٍّ لَهُمَا،

كفاءة اختلف العيبان كرتقاء ومجبوب أو اتفقا كأبرص وبرصاء وإن كان ما بها أكثر وأفحش؛ لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه.

تنبيه: استثنى البغوي والخوارزمي العنة لعدم تحققها فلا نظر إليها في الكفاءة، وجرى على ذلك الأسنوي وابن المقري. قال الشيخان: وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره التسوية بينها وبين غيرها، وإطلاق الجمهور يوافقه اهـ، وهذا هو المعتمد ووجه بأن الأحكام تبنى على الظاهر ولا تتوقف على التحقق، وما أطلقه المصنف من اشتراط السلامة من هذه العيوب هو على عمومه بالنسبة إلى المرأة. أما بالنسبة إلى الوليّ فيعتبر في حقه الجنون والجذام والبرص لا الجب والعنة، وألحق الروياني بالعيوب الخمسة العيوب المنفردة كالعمى والقطع وتشوّه الصورة، وقال: هي تمنع الكفاءة عندي، وبه قال بعض الأصحاب، واختاره الصيمري، وهذا خلاف المذهب. قال الزركشي: والتنقي من العيوب إنما يعتبر في الزوجين خاصة دون آبائهما فابن الأبرص كفء لمن أبوها سليم. ذكره الهروي في الأشراف، والأوجه أنه ليس كفئاً لها لأنها تعير به (و) ثانيها (**حرّية فالرقيق**) كلًّا أو بعضاً أو مكاتباً (**ليس كفئاً لحرّة**) ولو عتيقة لأنها تعير به وتتضرّر بسبب النفقة، ولهذا خيرت بريرة لما عتقت تحت زوجها وكان عبداً كما سيأتي، وليس الرقيق كفئاً لمبعضة كما في الكفاية عن الذخائر، وهل المبعض كفء لها؟. قال في البحر: إن استويا أو زادت حريته كان كفئاً لها وإلا فلا (**والعتيق**) كفء لعتيقة و (**ليس كفئاً لحرّة أصلية**) لنقصه عنها، وليس من مس الرق أحد آبائه أو أبا أقرب كفئاً لخلافه، والرّق في الأمهات لا يؤثر كما في زوائد الروضة أنه المفهوم من كلامهم، وصرّح به في البيان خلافاً لما بحثه الرافعي في التأثير ووافقه ابن الرفعة. قال السبكي: وما جزم به المصنف من كون العتيق ليس كفئاً لحرة أصلية لا يساعده عليه عرف ولا دليل فيبقى التوقف فيه، وقد رأينا كثيراً من ذلك في هذا الزمان أن يكون من مسه الرق أو مس أحد آبائه أميراً كبيراً أو ملكاً كبيراً والمرأة دونه بكثير بحيث تفتخر به وهي حرة الأصل وذكر نحوه البلقيني (و) ثالثها (**نسب**) بأن تنسب المرأة إلى من تشرف به بالنظر إلى من ينسب الزوج إليه؛ لأن العرب تفتخر بأنسابها أتمّ الافتخار والاعتبار في النسب بالآباء (**فالعجمي**) أباً وإن كانت أمه عربية (**ليس كفء عربية**) أباً وإن كانت أمها أعجمية، لأن الله اصطفى العرب على غيرهم (**ولا**) أي وليس (**غير قرشي**) من العرب مكافئاً (**قرشية**) لخبر: «قَدِّمُوا قُرَيْشاً وَلَا تَقَدَّمُوهَا» رواه الشافعي بلاغاً (**ولا**) أي وليس (**غير هاشمي ومطلبي**) كفئاً (**لهما**) كبني عبد شمس ونوفل وإن كانا أخوين لهاشم، لخبر مسلم: «إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى مِنَ الْعَرَبِ كِنَانَةَ، وَاصْطَفَى مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشاً، وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْش بَنِي هَاشِمٍ»(١).

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الفضائل (١) والترمذي (٣٦٠٦) وأحمد في المسند ٤/١٠٧.

وَالأَصَحُّ اعْتِبَارُ النَّسَبِ في الْعَجَمِ كـالْعَرَبِ، وَعِفَّةٌ فَلَيْسَ فَاسِقٌ كُفْءَ عَفِيفَةٍ،

تنبيه: اقتضى كلامه أمرين: أحدهما: أن المطلبي كفء للهاشمية وعكسه، وهو كذلك لخبر البخاري: «نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ»، ومحله إذا لم تكن شريفة. أما الشريفة فلا يكافئها إلا شريف، والشرف مختصّ بأولاد الحسن والحسين رضي الله تعالى عنهما وعن أبويهما، نبه على ذلك ابن ظهيرة، ومحله أيضاً في الحرّة، فلو نكح هاشمي أو مطلبي أمة فأتت منه ببنت فهي مملوكة لمالك أمها فله تزويجها من رقيق ودنيء النسب كما سيأتي. والأمر الثاني أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بعض، ونقله الرافعي عن جماعة. وقال في زيادة الروضة إنه مقتضى كلام الأكثرين. قال الرافعي: ومقتضى اعتبار النسب في العجم اعتباره في غير قريش من العرب. وقال الماوردي في الحاوي: واختلف أصحابنا في غير قريش، فالبصريون يقولون بأنهم أكفاء، والبغداديون يقولون بالتفاضل فتفضل مضر على ربيعة، وعدنان على قحطان اعتباراً بالقرب منه ﷺ، وهذا كما قال شيخنا هو الأوجه إذ أقلّ مراتب غير قريش من العرب أن يكونوا كما قال في المهمات كالعجم. قال الفارقي: والمراد بالعرب من ينسب إلى بعض القبائل، وأما أهل الحضر فمن ضبط نفسه منهم فكالعرب وإلا فكالعجم **(والأصحّ اعتبار)**الشرف **(النسب في العجم كالعرب)** قياساً عليهم، فالفرس أفضل من القبط لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لَوْ كَانَ الدِّينُ مُعَلَّقاً بِالثُّرَيَّا لَتَنَاوَلَهُ رِجَالٌ مِنْ فَارِس»(١) وبنو إسرائيل أفضل من القبط لسلفهم وكثرة الأنبياء فيهم. قاله الماوردي: والثاني: لا يعتبر فيهم لأنهم لا يعتنون بحفظ الأنساب ولا يدوّنونها بخلاف العرب، وقال الأذرعي: إنه الصواب نقلاً ومعنى وبسط ذلك، والاعتبار بالأب كما مرّت الإشارة إليه في غير أولاد بنات النبيّ ﷺ فلا أثر للأمّ وإن كانت رقيقة، ولا يكافىء من أسلم أو أسلم أحد أجداده الأقربين أقدم منه في الإسلام فمن أسلم بنفسه ليس كفئاً لمن لها أب أو أكثر في الإسلام ومن له أبوان في الإسلام ليس كفئاً لمن لها ثلاثة آباء فيه. فإن قيل: قضية هذا أن من أسلم بنفسه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم لا يكون كفئاً لبنات التابعين، وهذا زلل، وكيف لا يكون كفئاً لهنّ، وهم أفضل الأمة؟ أجيب بأنه لا مانع من ذلك، لأن النظر في الآباء لا يمنع أن يكون ابن غير الشريف أفضل من ابن الشريف، وليس كفئاً له **(و)** رابعها **(عفة)** وهي الدين والصلاح والكفّ عما لا يحلّ **(فليس فاسق كفء عفيفة)** لقيام الدليل على عدم المساواة. قال تعالى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كَانَ فَاسِقاً لَا يَسْتَوُونَ﴾ [السجدة: ١٨]، وقال تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ [النور: ٣] الآية، هكذا استدلّ بهاتين الآيتين، وفيه نظر لأن الأولى في حقّ الكافر والمؤمن، والثانية منسوخة، والمبتدع مع السنية كالفاسق مع العفيفة كما نقلاه عن الروياني وأقرّاه.

(١) أخرجه مسلم في الفضائل (٢٣٠).

وَحِرْفَةٌ فَصَاحِبُ حِرْفَةٍ دَنِيئَةٍ، لَيسَ كُفْءَ أَرْفَعَ مِنْهُ، فَكَنَّاسٌ وَحَجَّامٌ وَحَارِسٌ وَرَاعٍ وَقَيِّمُ الحَمَّامِ لَيْسَ كُفْءَ بِنْتِ خَيَّاطٍ، ولاَ خَيَّاطُ بِنْتَ تَاجِرٍ أَوْ بَزَّازٍ، وَلاَ هُمَا بِنْتَ عَالِمٍ وَقَاضٍ،

تنبيه: أفهم كلام المصنف أموراً. أحدها: أنه لا فرق في اعتبار هذا الوصف بين المسلمين والكفار حتى لا يكون الكافر الفاسق في دينه كفئاً للعفيفة في دينها وبه صرّح ابن الرفعة. ثانيها: أن الفاسق كفء للفاسقة مطلقاً، وهو كذلك وإن قال في المهمات: الذي يتجه عند زيادة الفسق واختلاف نوعه عدم الاكتفاء كما في العيوب. قال: ولا شكّ أن الفسق بالقتل والسكر ليس في تعدّي المفسدة والنفرة كالعقوق وترك الصلاة ونحوها. ثالثها: أن غير الفاسق كفء لها سواء فيه العدل والمستور وبه صرّح الإمام وابن الصلاح. رابعها: أن الفسق والعفاف يعتبر في الزوجين لا في آبائهما، وسيأتي الكلام على ذلك **(و)** خامسها **(حرفة)** وهي كما قال الزمخشري في فائقه بكسر الحاء: صناعة يرتزق منها، سميت بذلك؛ لأنه ينحرف إليها **(فصاحب حرفة دنيئة)** بالهمزة من الدناءة، وضبطها الإمام بما دلت ملابستها على انحطاط المروءة وسقوط النفس كملابسة القاذورات **(ليس كفء أرفع منه)** واستدلّ لذلك بقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ﴾[النحل:١٦] أي في سببه فبعضهم يصل إليه بعزّ وراحة، وبعضهم بذلّ ومشقة، وبقوله تعالى: ﴿قَالُوا أَنُؤْمِنُ لَكَ وَاتَّبَعَكَ الأَرْذَلُونَ﴾[الشعراء: ١١١] قال المفسرون: كانوا حاكة ولم ينكر عليهم هذه التسمية **(فكناس وحجام وحارس وراع وقيم الحمام)** ونحوهم كحائك **(ليس كفء بنت خياط)** والظاهر أن هؤلاء أكفاء لبعضهم بعضاً، ولم أر من تعرّض لذلك **(ولا خياط بنت تاجر أو)** بنت **(بزاز)** والظاهر أن كلاً منهما كفء للآخر ولم أرَ أيضاً من ذكره **(ولا هما)** أي التاجر والبزاز **(بنت عالم و)** بنت **(قاض)** نظراً للعرف في ذلك، وصرّح به ابن أبي هريرة بأن من أبوها بزاز أو عطار لا يكافئها من أبوه حجام أو بيطار أو دباغ. قال الأذرعي: وإذا نظرت إلى حرف الأب فقياسه النظر إلى حرفة الأم أيضاً، فإن ابن المغنية أو الحمامية ونحوها ينبغي أن لا يكون كفئاً لمن ليست أمها كذلك؛ لأنه نقص في العرف وعار اهـ، والأوجه عدم النظر إلى الأم. قال في الروضة: وذكر في الحلية أنه تراعى العادة في الحرف والصنائع، فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة، وفي بعضها بالعكس اهـ، وذكر في البحر نحوه أيضاً، وجزم به الماوردي، وينبغي كما قال الأذرعي الأخذ به. قال الأذرعي: وعلى اعتبار ما ذكره في الكتاب ينبغي أن تكون العبرة بالعالم الصالح أو المستور دون الفاسق. وأما القاضي فإن كان أهلاً فعالم وزيادة، وإن كان غير أهل كما هو كثير وغالب في القضاة في زماننا نجد الواحد منهم كقريب العهد بالإسلام ففي النظر إليه نظر اهـ، بل ينبغي أن لا يتوقف في مثل ذلك. قال في الأنوار: وإذا شك في الشرف والدناءة أو الشريف والأشرف، أو الدنيء والأدنى، فالمرجع عادة البلد، والحرفة الدنيئة والفسق في الآباء. قال

وَالأَصَحُّ أَنَّ الْيَسَارَ لاَ يُعْتَبَرُ،

الشيخان: يشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيئة أو مشهوراً بالفسق مع من أبوها عدل كما ذكرنا فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم. قال الرافعي: والحق أن يجعل النظر في حق الآباء ديناً وسيرة وحرفة من خير النسب. فإن تفاخر الآباء هي التي يدور عليها أمر النسب، ونقل الأسنوي عن الهروي في أشرافه أنه لا أثر لما ذكر كولد الأبرص، وبه صرح جماعة منهم القاضي أبو الطيب والماوردي والروياني، والأوجه اعتباره كما تقدّم في ولد الأبرص أيضاً، فإن قيل: كيف يعدّ الرعي من الحرف الدنيئة مع أنها سنة الأنبياء في ابتداء أمرهم. أجيب بأنه لا يلزم من ذلك كونه صفة مدح لغيرهم ألا ترى أن فقد الكتابة في حقه عليه الصلاة والسلام معجزة فتكون صفة مدح في حقه، وفي حق غيره ليست كذلك وما تقدّم في المتن معتبر في الكفاءة جزماً. وأشار لما فيه الخلاف منها بقوله **(والأصح أن اليسار لا يعتبر)** في خصال الكفاءة؛ لأن المال ظل زائل، وحال حائل، ومال مائل، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر. والثاني: يعتبر لأنه إذا كان معسراً لم ينفق على الولد وتتضرّر هي بنفقته عليها نفقة المعسرين، واستدلّ له بقوله ﷺ: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ». وقال الأذرعي: إنه المذهب المنصوص الأرجح دليلاً ونقلاً وبسط ذلك، نعم على الأوّل لو زوّج الوليّ بالإجبار معسراً بمهر المثل لم يصح التزويج كما مرّت الإشارة إليه، وليس هذا مبنياً على اعتبار اليسار كما قاله الزركشي بل لأنه بخسها حقها فهو كتزويجها بغير كفء، ولا يعتبر أيضاً الجمال والبلد ولا السلامة من عيب آخر منفر كالعمى والقطع وتشوّه الصورة، وإن اعتبرها الروياني، وصحح في زيادة الروضة كون الجاهل كفئاً للعالمة، ورجح الروياني أنه غير كفء لها، واختاره السبكي وردّ على تصحيح الروضة بأن المصنف يرى اعتبار العلم في الأب فاعتباره في نفس المرأة أولى اهـ، وهذا متعين، ولذلك أسقط ابن المقري ما في الروضة من روضه. قال في زيادة الروضة: وليس البخل والكرم والطول والقصر معتبراً. قال الأذرعي: وفيما إذا أفرط القصر في الرجل نظر، وينبغي أن لا يجوز للأب تزويج ابنته بمن هو كذلك، فإنه ممن تعير به المرأة اهـ.

فائدة: قال الإمام الغزالي: شرف النسب من ثلاث جهات: إحداها: الانتهاء إلى شجرة رسول الله ﷺ فلا يعادله شيء. الثانية: الانتماء إلى العلماء فإنهم ورثة الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين، وبهم ربط الله تعالى حفظ الملة المحمدية. والثالثة: الانتماء إلى أهل الصلاح المشهور والتقوى. قال الله تعالى: ﴿وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحاً﴾ [الكهف: ١٨] قالا: ولا عبرة بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب، وإن تفاخر الناس بهم. قال الرافعي: وكلام النقلة لا يساعدهما عليه في عظماء الدنيا. قال في المهمات: وكيف لا يعتبر الانتساب إليهم، وأقل مراتب الأمرة أي ونحوها أن تكون كالحرفة، وذو الحرفة الدنيئة لا يكافىء النفيسة.

وَأَنَّ بَعْضَ الخِصَالِ لَا يُقَابَلُ بِبَعْضٍ، وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ ابْنِهِ الصَّغِيرِ أَمَةً، وَكَذَا مَعِيبَةً عَلَى المَذْهَبِ، وَيَجُوزُ مَنْ لَا تُكَافِئُهُ بِبَاقِي الخِصَالِ فِي الأَصَحِّ.

فَصْلٌ

لَا يُزَوَّجُ مَجْنُونٌ صَغِيرٌ

فرع: المحجور عليه بسفه هل هو كفء للرشيدة أو لا؛ لأنها تتضرر غالباً بالحجر على الزوج، فيه نظر قاله الزركشي والأوجه كما قال شيخنا الثاني، وقد جمع بعضهم خصال الكفاءة في بيت فقال:

نَسَبٌ وَدِينٌ صَنْعَةٌ حُرِّيَّةٌ فَقْدُ العُيُوبِ وَفِي اليَسَارِ تَرَدُّدُ الكامل

(و) الأصح (**أن بعض الخصال**) المعتبرة في الكفاءة (**لا يقابل ببعض**) أي لا تجبر نقيصة بفضيلة فلا تزوج حرّة عجمية برقيق عربي، ولا سليمة من العيوب دنيئة بمعيب نسيب، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف (**وليس له**) أي الأب (**تزويج ابنه الصغير أمة**) لانتفاء خوف العنت المعتبر في نكاحها بخلاف المجنون يجوز تزويجه بها بشرطه (**وكذا معيبة**) بعيب يثبت الخيار كالبرصاء لا يزوّجه بها (**على المذهب**) لأنه خلاف الغبطة، وفي قول: يصح ويثبت له الخيار إذا بلغ، وقطع بعضهم بالبطلان في تزويجه الرتقاء والقرناء؛ لأنه بذل مال في بضع لا ينتفع به بخلاف تزويج الصغيرة مجبوباً، وإن زوّج المجنون، أو الصغير عجوزاً، أو عمياء، أو قطعاء، أو الصغيرة بهرم، أو أعمى أو أقطع فوجهان صحح منهما البلقيني وغيره عدم الصحة في صورة المجنون والصغير ونقلوه عن نص الأم؛ لأنه إنما يزوّجهما بالمصلحة ولا مصلحة لهما في ذلك بل فيه ضرر عليهما، وقضية كلام الجمهور في الكلام على الكفاءة تصحيح الصحة في صورة الصغيرة؛ لأن وليها إنما يزوّجها بالإجبار من الكفء وكل من هؤلاء كفء فالمأخذ في هذه وما قبلها مختلف وهذا هو الظاهر كما مرّت الإشارة إلى بعضه، لكن ينبغي أن يحرم عليه ذلك كما يؤخذ مما مرّ في شروط الإجبار (**ويجوز**) للأب أن يزوّج الصغير (**من لا تكافئه بباقي الخصال**) المعتبرة في الكفاءة كنسب وحرفة؛ لأن الرجل لا يعير بافتراش من لا تكافئه، نعم يثبت الخيار إذا بلغ كما اقتضاه كلام الشرح والروضة هنا، وإن نازع في ذلك الأذرعي فقد صرحا به أول الخيار حيث قالا: ولو زوّج الصغير من لا تكافئه وصححناه فله الخيار إذا بلغ. والثاني: لا يصح ذلك؛ لأنه قد لا يكون فيه غبطة.

فَصْلٌ

في تزويج المحجور عليه (**لا يزوّج**) على المذهب المنصوص وقول الجمهور (**مجنون**) ولا مختلّ وهو من في عقله خلل. قال في البحر ولا مبرسم (**صغير**) لأنه لا يحتاج إليه في الحال وبعد البلوغ لا يدري كيف الأمر بخلاف الصغير العاقل كما سيأتي، فإن الظاهر حاجته

وَكَذَا كَبِيرٌ إِلَّا لِحَاجَةٍ فَوَاحِدَةً، وَلَهُ تَزْوِيجُ صَغِيرٍ عَاقِلٍ أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ، وَيُزَوِّجُ المَجْنُونَةَ أَبٌ أَوْ جَدٌّ إِنْ ظَهَرَتْ مَصْلَحَةٌ، وَلَا تُشْتَرَطُ الحَاجَةُ وَسَوَاءٌ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ ثَيِّبٌ وَبِكْرٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبٌ وَجَدٌّ لَمْ تُزَوَّجْ فِي صِغَرِهَا، فَإِنْ بَلَغَتْ زَوَّجَهَا السُّلْطَانُ فِي الأَصَحِّ

إليه بعد البلوغ (**وكذا**) لا يزوّج مجنون ومختل ومبرسم (**كبير**) أطبق جنونه ثم استثنى منه قوله (**إلا لحاجة**) للنكاح حاصلة حالاً كأن تظهر رغبته في النساء بدورانه حولهنّ وتعلقه بهنّ أو مآلاً كتوقع شفائه باستفراغ مائه بعد شهادة عدلين من الأطباء بذلك أو بأن يحتاج إلى من يخدمه ويتعهده ولا يجد في محارمه من يحصل به ذلك، وتكون مؤنة النكاح أخف من ثمن جارية، وتقدّم استشكال الرافعي والجواب عنه (**فواحدة**) بالنصب أي يزوجه الأب، ثم الجد، ثم السلطان دون سائر العصبات كولاية المال واحدة، ويجوز الرفع أي فواحدة يتزوجها.

تنبيه: ظاهر كلام الروضة أن الوصي لا يزوجه. قال البلقيني: ويعضده نص الأم، لكن في الشامل في الوصايا ما يقتضي أنه يزوجه والسفيه عند حاجتهما. قال: وهو الأقرب في الفقه؛ لأنه وليّ المال، والأوجه الأول وإنما وجب الاقتصار على واحدة لاندفاع الحاجة بها، فإن لم تعفه المرأة الواحدة زيد ما يحصل به الإعفاف، كما قاله الاسنوي، وأشار إليه الرافعي في الكلام على السفيه، وقد لا تكفي الواحدة أيضاً للخدمة فيزاد بحسب الحاجة، هذا إن بلغ مجنوناً، فإن بلغ رشيداً ثم جنّ بنى على عود الولاية إلى الأب إن قلنا: تعود وهو الأصح زوجه الأب ثم الجد وإلا فالحاكم، فإن كان جنونه متقطعاً لم يزوّج حتى يفيق ويأذن، ويشترط وقوع العقد في حال إفاقته، فلو جنّ قبله بطل إذنه، وهل يشترط مراجعة الأقرب في تزويج السلطان؟ فيه الخلاف الآتي في المجنونة، وتقدّم أنه يلزم المجبر تزويج مجنون ظهرت حاجته مع مزيد بيان (**وله**) أي الولي من أب وجد لوفور شفقتهما وإن لم يتقدّم لهما ذكر، وقد صرح به في المحرّر لا وصيّ وقاض (**تزويج صغير عاقل**) غير ممسوح (**أكثر من واحدة**) ولو أربعاً إن رآه الولي مصلحة؛ لأن تزويجه بالمصلحة وقد تقتضي ذلك. أما الصغير الممسوح ففي تزويجه الخلاف في الصغير المجنون قاله الجويني (**ويزوّج المجنونة أب أو جدّ**) لأنه لا يرجى لها حالة تستأذن فيها ولهما ولاية الإجبار في الجملة (**إن ظهرت مصلحة**) في تزويجها (**ولا تشترط الحاجة**) قطعاً لإفادتها المهر والنفقة بخلاف المجنون (**وسواء**) في جواز التزويج (**صغيرة وكبيرة ثيب وبكر**) جنت قبل البلوغ أو بعده لما مرّ، وتقدّم أنه يلزم المجبر تزويج مجنونة بالغة محتاجة (**فإن لم يكن**) للمجنونة (**أب أو جدّ لم تزوّج في صغرها**) إذ لا إجبار لغيرهما ولا حاجة لهما في الحال (**فإن بلغت زوجها السلطان في الأصحّ**) المنصوص كما يلي مالها لكن بمراجعة أقاربها ندباً تطييباً لقلوبهم، ولأنهم أعرف بمصلحتها، ومن هذا قال المتولي: يراجع الجميع حتى

لِلْحَاجَةِ، لَا لِمَصْلَحَةٍ فِي الأَصَحِّ، وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ لَا يَسْتَقِلُّ بِنِكَاحٍ بَلْ يَنْكِحُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ أَوْ يَقْبَلُ لَهُ الْوَلِيُّ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ وَعَيَّنَ امْرَأَةً لَمْ يَنْكِحْ غَيْرَهَا، وَيَنْكِحُهَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ أَقَلَّ، فَإِنْ زَادَ فَالْمَشْهُورُ صِحَّةُ النِّكَاحِ

الأخ والعم للأم والخال، وقيل: تجب المراجعة. قال: وعليه يراجع الأقرب فالأقرب من الأولياء لو لم يكن جنون، والثاني: يزوّجها القريب بإذن السلطان لقيامه مقام إذنها وتزوج **(للحاجة)** للنكاح بظهور علامة شهوتها أو توقع شفائها بقول عدلين من الأطباء؛ لأن تزويجها يقع إجباراً، وغير الأب والجدّ لا يملك الإجبار، وإنما يصار إليه للحاجة النازلة منزلة الضرورة **(لا لمصلحة)** كتوفر المؤن فلا يزوجها لذلك **(في الأصح)** لما مرّ. والثاني: نعم كالأب والجدّ. قال ابن الرفعة: وهو الأصح، وإذا أفاقت المجنونة بعد تزويجها لا خيار لها؛ لأن التزويج لها كالحكم لها وعليها **(ومن حجر عليه)** حساً **(بسفه)** بأن بذر في ماله، أو حكماً كمن بلغ سفيهاً ولم يحجر عليه، وهو السفيه المهمل **(لا يستقلّ بنكاح)** لئلا يفنى ماله في مؤن النكاح فلا بدّ له من مراجعة الوليّ كما قال **(بل ينكح بإذن وليه)** لأنه مكلف صحيح العبارة، وإنما حجر عليه حفظاً لماله وقد زال المانع بالإذن. فإن قيل: بيعه بالإذن غير صحيح فهلا كان نكاحه كذلك؟. أجيب بأن المقصود من الحجر حفظ ماله دون نكاحه، ولهذا لا يصح منه إزالة ملكه في الأموال بإذن ولا بغير إذن بالهبة والعتق، ويصح منه إزالة النكاح بالطلاق. أما من بذر بعد رشده ولم يتصل به حجر حاكم فتصرّفه نافذ في الأصح، ويسمى أيضاً سفيهاً مهملاً، والمعتبر في المحجور عليه ظهور الأمارة لا قوله أنا محتاج **(أو يقبل له الوليّ)** بإذنه كما سيأتي؛ لأنه حرّ مكلف صحيح العبارة والإذن، ولا يزاد على واحدة؛ لأنه إنما يزوج لحاجة النكاح وهي تندفع بواحدة، فإن لم تعفه زيد ما يحصل به الإعفاف كما مرّ في المجنون، والمراد بالوليّ هنا الأب ثم الجدّ إن بلغ سفيهاً، والقاضي أو منصوبه إن بلغ رشيداً ثم طرأ السفه كما صححه في زيادة الروضة، وظاهر أن الوصي لا يلي التزويج، وبه أفتى ابن الصلاح، لكن صرّح الرافعي في باب الوصايا بأنه يلي التزويج بعد الجدّ قبل الحاكم، وحذفه من الروضة ثم، وصحح من زيادته هنا أنه لا يزوجه. قال الصيدلاني وغيره: وقد نصّ الشافعي رضي الله تعالى عنه على كل من المقالتين وليس باختلاف نص بل نصه على أنه يزوجه محمول على وصيّ فوّض إليه التزويج **(فإن أذن)** له الوليّ **(وعين امرأة)** بشخصها أو نوعها كتزوج فلانة أو من بني فلان **(لم ينكح غيرها)** لأن الإذن مقصور عليها فلا ينكح غيرها وإن ساوتها في المهر أو نقصت عنها. قال ابن أبي الدم: وينبغي حمله على ما إذا لحقه مغارم فيها. أما لو كانت خيراً من المعينة نسباً وجمالاً وديناً ودونها مهراً ونفقة، فينبغي الصحة قطعاً، كما لو عين مهراً فنكح بدونه اهـ وهذا ظاهر **(و)** لـ **(ينكحها)** أي المعينة **(بمهر المثل)** أي بقدره؛ لأنه المأذون فيه شرعاً **(أو أقلّ)** لأنه حصل لنفسه خيراً **(فإن زاد)** على مهر المثل **(فالمشهور صحة النكاح)** لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح. والثاني: وهو مخرج أنه باطل للمخالفة، وعلى الأول يكون

بِمَهْـرِ المِثْلِ مِنَ المُسَمَّى، وَلَوْ قَـالَ انْكِح بِـأَلْفٍ وَلَمْ يُعَيِّنِ امْرَأَةً نَكَـحَ بِالأَقَـلِّ مِنْ أَلْفٍ وَمَهْر مِثْلِهَا، وَلَوْ أَطْلَقَ الأذْنَ فَالأَصَحُّ صِحَّتُهُ، وَيَنْكِحُ بِمَهْرِ المِثْلِ مَنْ تَلِيقُ بِـهِ،

(**بمهر المثل**) أي بقدره (**من المسمى**) المعين مما عينه الوليّ بأن قال له أمهر من هذا فأمهر منه زائداً على مهر المثل ويلغو الزائد؛ لأنه تبرع من سفيه. وقال ابن الصباغ: القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل: أي في الذمة اهـ والمشهور الأول ولا ينافيه ما سيأتي من أنه لو نكح الطفل بفوق مهر المثل، أو أنكح بنتاً لا رشيدة أو رشيدة بكراً بلا إذن بدونه فسد المسمى وصح النكاح بمهر المثل؛ لأن السفيه تصرف في ماله فقصر الإلغاء على الزائد بخلاف الولي (**ولو قال**) له الولي (**انكح بألف**) فقط (**ولم يعين امرأة**) ولا قبيلة (**نكح بالأقل من ألف ومهر مثلها**) لأن الزيادة على إذن الوليّ أو مهر المنكوحة ممنوعة، فإذا نكح امرأة بألف وهو أكثر من مهر مثلها صحّ النكاح بمهر المثل ولغا الزائد؛ لأنه تبرّع وتبرّعه لا يصح، فإن كان الألف مهر مثلها أو أقل منه صح النكاح بالمسمى. قال الأذرعي: وهو ظاهر في رشيدة رضيت بالمسمى دون غيرها، وإن نكح بأكثر من ألف بطل إن كان الألف أقلّ من مهر مثلها إذ لا إذن في الزائد والردّ للقدر يضرّ بها، والأصح بمهر المثل، وإن نكح بأقل من ألف نظرت إن كان الألف مهر مثلها أو أقلّ صحّ بالمسمى أو أكثر فبمهر المثل إن نكح بأكثر منه وإلا فبالمسمى (**ولو أطلق الإذن**) بأن قال: انكح ولم يعين امرأة ولا قدراً (**فالأصح**) المنصوص في الأم (**صحته**) كما لو أذن السيد لعبده في النكاح يكفي الإطلاق. والثاني: لا يصح، بل لا بد من تعيين المهر والمرأة والقبيلة، وإلا لم يؤمن أن ينكح شريفة فيستغرق مهر مثلها ماله، ودفع هذا بقوله (**وينكح بمهر المثل**) فأقل لأنه المأذون فيه (**من تليق به**) فلو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله لم يصح كما اختاره الإمام وجزم به الغزالي، ولا ترجيح في الروضة وأصلها، وهل للوليّ تزويج صغير أو مجنون وامرأة شريفة يستغرق مهرها ماله؟ لم يتعرضوا له. قال في المهمات في أوائل الصداق: والقياس أن يأتي فيه هذا الخلاف اهـ وما ذكره من القياس متجه كما قال ابن شهبة في المجنون لاستوائه مع السفيه؛ لأن كلاً منهما يزوج للحاجة، والحاجة تندفع بدون الشريفة. وأما الصغير العاقل فغير متجه فيه، فإنه يزوج المصلحة ولهذا يزوج ثلاث وأربع، ولا يجوز ذلك في السفيه والمجنون، فحيث رأى الوليّ المصلحة في تزويجه الشريفة فينبغي جوازه لحصول المصلحة بذلك له.

تنبيه: قد ذكر المصنف للمسألة ثلاث حالات، وهي ما إذا عين امرأة فقط، أو مهراً فقط، أو أطلق، وأهمل رابعاً، وهو ما إذا عين المرأة وقدر المهر بأن قال: انكح فلانة بألف، والحكم فيه أنه إن كان مهر مثلها أقل منه بطل الإذن فلا يصح النكاح، وإن قال الزركشي تبعاً للأذرعي: القياس صحته بمهر المثل كما لو قبل له الوليّ بزيادة عليه وإن كان مثله أو أكثر منه صح الإذن، وحينئذ فإن نكح بأكثر من ألف ومهر مثلها أكثر منه أيضاً بطل النكاح أو نكح بالألف صح به أو بأكثر منه ومهر مثلها ألف صحّ بالألف وسقطت الزيادة، أو بما دونه صح النكاح به، وإن قال له: انكح من شئت بما شئت لم يصح الإذن؛ لأنه رفع للحجر بالكلية،

فَإِنْ قَبِلَ لَهُ وَلِيُّهُ اشْتُرِطَ إِذْنُهُ فِي الأَصَحِّ ، وَيَقْبَلُ بِمَهْرِ المِثْلِ فَأَقَلَّ، فَإِنْ زَادَ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ المِثْلِ ، وَفِي قَوْلٍ يَبْطُلُ، وَلَوْ نَكَحَ السَّفِيهُ بِلَا إِذْنٍ فَبَاطِلٌ، فَإِنْ وَطِىءَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ،

وإن أذن للسفيه في النكاح لم يفده ذلك جواز التوكيل؛ لأنه لم يرفع الحجر إلا عن مباشرته، وإقراره بالنكاح إذا لم يأذن فيه وليه باطل؛ لأنه لا يستقلّ بالإنشاء، ويفارق صحة إقرار المرأة بأن إقراره يفوت مالاً، وإقرارها يحصله، وإذا كان كثير الطلاق شرى جارية لأنه أصلح له، إذ لا ينفذ إعتاقه فإن تبرّم بها أبدلت، وإكثار الطلاق بأن يزوّجه على التدريج ثلاثاً فطلقهنّ على ما قاله القاضي، أو ثنتين فيطلقهما على ما قاله البندنيجي، وفهم الروياني أن تعدّد الزوجة ليس مراداً، فعبر عن ذلك بقوله فيه وجهان أحدهما: يطلق ثلاث مرات. والثاني: وما قاله ظاهر، والأوجه من وجهيه الأول فيكتفي بثلاث مرات ولو من زوجة واحدة، وظاهر كلامهم أنه لا يسري ابتداء، وينبغي كما في المهمات جواز الأمرين كما في الإعفاف ويتعين ما فيه المصلحة (**فإن قبل له**) أي للسفيه (**وليه**) أي النكاح (**اشترط إذنه**) أي السفيه (**في الأصح**) لأنه حرّ مكلف فلا بدّ من إذنه. والثاني: لا يشترط؛ لأن النكاح من مصلحته، وعلى الوليّ رعايتها، فإذا عرف حاجته زوجه كما يكسوه ويطعمه (**و**) إنما (**يقبل**) له الوليّ نكاح امرأة تليق به (**بمهر المثل فأقلّ، فإن زاد**) عليه (**صح النكاح بمهر المثل**) وتسقط الزيادة لتبرّعه بها (**وفي قول يبطل**) كما لو اشترى له بأكثر من ثمن المثل (**ولو نكح السفيه**) المحجور عليه (**بلا إذن**) من وليه، أو الحاكم عند امتناع الوليّ لغير مصلحة (**فباطل**) كما لو عضله الوليّ وتعذرت مراجعة السلطان كما في البيع ونحوه ويفرق بينهما، ومحله كما قال ابن الرفعة إذا لم ينته إلى خوف العنت وإلا فيصح نكاحه، وهو أولى من المرأة في المفازة لا تجد ولياً (**فإن**) قلنا ببطلانه، و (**وطىء**) فيه رشيدة (**لم يلزمه شيء**) أما الحدّ فبلا خلاف للشبهة، وإن أتت بولد لحقه، وأما المهر فعلى الصحيح وإن انفك عنه الحجر؛ لأنها سلطته على بضعها فصار كما لو اشترى شيئاً وأتلفه لا ضمان عليه، ولا يضرّ جهلها بحاله لتمكينها نفسها مع تقدّم إذنها لتفريطها بترك البحث عنه، وهذا هو الظاهر. أما في الباطن فلها عليه مهر المثل كما نصّ عليه في الأمّ.

تنبيه: محل عدم لزوم المهر إذا وطئها مختارة كما اقتضاه التعليل السابق، فلو وطئها نائمة أو مكرهة فالأوجه كما قال شيخنا وجوبه، وقد صرّح به الماوردي في المكرهة، وخرج برشيدة التي قدرتها في كلامه المحجور عليها بسفه أو صبا أو جنون فلها عليه مهر المثل، إذ لا أثر لتمكينها، كما لو ابتاع شيئاً من مثله وأتلفه كما قاله المصنف في فتاويه في المحجور عليها بسفه، ومثلها الصغيرة والمجنونة. فإن قيل: لو قال سفيه لآخر: اقطع يدي فقطعها لم يلزمه شيء، فكان القياس أن لا يجب له شيء كسائر الإتلافات البدنية، ولهذا قال الأذرعي: إني لم أرَ هذا التقييد لغير المصنف، وأحسبه من تصرفه. أجيب بأن البضع محل تصرف الولي، فكان

وَقِيلَ مَهْرُ مِثْلٍ، وَقِيلَ أَقَلُّ مُتَمَوَّلٍ، وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِفَلَسٍ يَصِحُّ نِكَاحُهُ، وَمُؤَنُ النِّكَاحِ فِي كَسْبِهِ، لَا فِيمَا مَعَهُ، وَنِكَاحُ عَبْدٍ بِلَا إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ، وبِإِذْنِهِ صَحِيحٌ، وَلَهُ إِطْلَاقُ الْإِذْنِ، وَلَهُ تَقْيِيدُهُ بِامْرَأَةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ أَوْ بَلَدٍ، وَلَا يَعْدِلُ عَمَّا أَذِنَ فِيهِ

إذنها في إتلافه غير معتبر بخلاف قطع اليد ونحوها، وقول الاسنوي: ينبغي أن تكون المزوجة بالإجبارة كالسفيهة فإنه لا تقصير من قبلها فإنها لم تأذن، والتمكين واجب عليها ممنوع، إذ لا يجب عليها التمكين حينئذ **(وقيل)** يلزمه **(مهر مثل)** لئلا يخلو الوطء عن عقر أو عقوبة **(وقيل أقل متموّل)** لأن به يندفع الخلوّ المذكور **(ومن حجر عليه بفلس يصح نكاحه)** لصحة عبارته وذمته، وهذا وإن قدّمه المصنف في كتاب الفلس، لكنه قصد هنا بيان مؤنه فقال: **(ومؤن النكاح)** المتجدّد على الحجر من مهر ونفقة وغيرهما **(في كسبه)** بعد الحجر وبعد النكاح **(لا فيما معه)** لتعلق حق الغرماء بما في يده فإن لم يكن له كسب ففي ذمته إلى فك الحجر، أما النكاح السابق على الحجر فمؤنه فيما معه إلا أن يستغني بالكسب، ولو اشترى أمة في ذمته بعد الحجر واستولدها فهي كالزوجة الحادثة بعد الحجر كما بحثه بعض المتأخرين **(ونكاح عبد بلا إذن سيده)** ولو امرأة أو كافراً **(باطل)** لا فرق في ذلك بين المبعض والمكاتب ومعلق العتق بصفة وغيرهم لعموم قوله ﷺ: «أَيُّ مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَهُوَ عَاهِرٌ»، رواه الترمذي وحسنه والحاكم وصححه. قال في الأمّ: ولا أعلم من أحد لقيته ولا حكي لي عنه من أهل العلم اختلافاً في أنه لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن مالكه اهـ ولا ينافي قوله لا أعلم ما حكاه الرافعي عن أبي حنيفة من أن نكاحه موقوف على إجازة السيد، وعن مالك أنه يصح وللسيد فسخه لأنه لم يبلغه ذلك.

تنبيه: قول المصنف باطل يقتضي أنه إذا وطيء لا يلزمه شيء كالسفيه، وليس مراداً كما توهمه بعض الشارحين بل يلزمه مهر المثل في ذمته كما صرّح به المصنف في نكاح العبد، وسيأتي إيضاح ذلك، واستثنى الأذرعي من إطلاق المصنف ما لو استأذن سيده فمنعه فرفعه إلى حاكم يرى إجبار السيد فأمره به فامتنع فأذن له الحاكم أو زوجه فإنه يصح كما لو عضل الوليّ **(وبإذنه)** أي السيد إن كان معتبر الإذن وهو غير محرم **(صحيح)** وإن كان سيده امرأة أو كافراً كما مرّ لعموم الحديث المتقدّم **(وله)** أي السيد **(إطلاق الإذن)** لعبده في النكاح جزماً وينكح الحرة والأمة ولو من غير بلد العبد ولكن له منعه من الخروج إليها **(وله تقييده بامرأة)** معينة **(أو قبيلة أو بلد)** لأن ما يصح مطلقاً يصح مقيداً **(ولا يعدل عما أذن)** له **(فيه)** مراعاة له، فإن عدل لم يصح النكاح، وإن قدّر له السيد مهراً فزاد عليه أو زاد على مهر المثل عند الإطلاق عن تعيين المهر، فالزائد في ذمته يتبع به إذا عتق، فإن صرّح له بأن لا ينكح بأزيد مما عينه قال الإمام: فالرأي عدم صحة النكاح كما في السفيه، وإن نقص عما عينه له سيده أو عن مهر المثل عند الإطلاق جاز، ولو نكح صحيحاً ثم طلق لم ينكح ثانياً إلا بإذن جديد بخلاف ما لو

وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ إِجْبَارُ عَبْدِهِ عَلَى النِّكَاحِ وَلاَ عَكْسِهِ، وَلَهُ إِجْبَارُ أَمَتِهِ بِأَيِّ صِفَةٍ كَانَتْ،

نكح فاسداً فإنه لا يحتاج إلى تجديد الإذن، ولو نكح بالمسمى من مهرها دونه صح به ورجوع السيد في الإذن كرجوع الموكل (**والأظهر أنه ليس للسيد إجبار عبده**) غير المكاتب والمبعض ولو صغيراً وخالفه في الدين (**على النكاح**) لأنه لا يملك رفع النكاح بالطلاق فكيف يجبر على ما لايملك رفعه. ولأن النكاح يلزمه ذمة العبد مالاً فلا يجبر عليه كالكتابة. والثاني: له إجباره كالأمة، وقيل: يجبر الصغير قطعاً وهو موافق لظاهر النص ولما عليه أكثر العراقيين ولاقتضاء كلام الرافعي في باب التحليل والرضاع أنه المذهب، ولما سيأتي للمصنف في كتاب الرضاع حيث قال فيه: ولو زوّج أم ولده عبده الصغير إلخ، وأما المكاتب والمبعض فلا يجبرها قطعاً (**ولا عكسه**) بالجر والرفع أي ليس للعبد البالغ إجبار سيده على النكاح إذا طلبه ولا يلزمه إجابته ولو كان مبعضاً أو مكاتباً أو معلقاً عتقه بصفة؛ لأنه يشوّش عليه مقاصد الملك وفوائده كتزويج الأمة. والثاني: يجبر عليه أو على البيع؛ لأن المنع من ذلك يوقعه في الفجور وقضية التعليل تخصيص الخلاف بمن يخشى العنت وإن غيره لا يجبر قطعاً، والعبد المشترك هل لسيديه إجباره وعليهما إجابته فيه الخلاف المذكور في الطرفين، ولو أجابه أحدهما إلى النكاح وامتنع الآخر امتنع عليه النكاح، أما الصغيرة فلا إجابة له (**وله إجبار أمته**) غير المبعضة والمكاتبة على النكاح؛ لأن النكاح يرد على منافع البضع وهي مملوكة له وبهذا فارقت العبد فيزوّجها برقيق ودنيء النسب، وإن كان أبوها قرشياً كما مرّ؛ لأنها لا نسب لها لا بمعيب كأجذم وأبرص ومجنون، فلا يجوز بغير رضاها وإن كان يجوز بيعها منه وإن كرهت كما نصّ عليه في الحكمين جميعاً والفرق أنه لا يقصد من البيع الاستمتاع غالباً بخلاف النكاح ويلزمها التمكين في صورة البيع كما صححه المتولي، ولو أجبرها السيد والحالة هذه على النكاح لم يصح، وقوله (**بأي صفة كانت**) تعميم في صفة الأمة من بكارة وثيوبة وصغر وكبر وعقل وجنون وتدبير واستيلاد، وأما المبعضة والمكاتبة فلا يجبرهما ولا أمة كل منهما على النكاح وليس له تزويج المرهونة بعد لزوم الرهن بغير إذن المرتهن ويلحق بها المتعلق برقبتها مال بلا إذن المستحق إن كان معسراً، فإن كان موسراً جاز على الأصح في زيادة الروضة وكان اختياراً للفداء، وليس للسيد تزويج أمة القراض كما مرّ في بابه وله تزويج أمة عبده المأذون له في التجارة إن لم يكن عليه دين وإلا فيزوجها بإذن العبد والغرماء، فإن زوّجها بغير إذنهما أو إذن أحدهما لم يصح لتضرّرهما به، فلو وطىء الأمة بغير إذن الغرماء لزمه المهر، لأنه مما يتعلق به حقهم، بخلاف وطء المرهونة. فإن قيل: قالوا في معاملة العبيد إن دين الغرماء لا يتعلق بمهر وطء الشبهة. أجيب بأن ذلك في الأمة المأذونة، وهذا في أمتها والولد حرّ إن أحبلها، وتصير أم ولد إن كان موسراً، ولا تصير أم ولد إن كان معسراً بل تباع في الدين، وتصير أم ولد إذا ملكها، وكذا حكم الأمة الجانية والموروثة عن مديون، وإن لم يثبت الاستيلاد في الحال وجب قيمة ولد أمة العبد

فَإِنْ طَلَبَتْ لَمْ يَلْزَمْهُ تَزْوِيجُهَا، وقِيلَ إِنْ حَرُمَتْ عَلَيْهِ لَزِمَهُ، وَإِذَا زَوَّجَهَا فَالأَصَحُّ أَنَّهُ بِالمِلْكِ لَا بِالْوِلَايَةِ فَيُزَوِّجُ مُسْلِمٌ أَمَتَهُ الْكَافِرَةَ وَفَاسِقٌ وَمُكَاتَبٌ، وَلَا يُزَوِّجُ

المأذون دون قيمة ولد الأمة المرهونة والجانية والموروثة؛ لأن حق المرتهن والمجني عليه ورب الدين المتعلق بالتركة لا يتعلق بالولد، ووقع في أصل الروضة أنه جعل الأمة الموروثة كأمة المأذون، وإنما يأتي ذلك على القول بأن الدين يتعلق بزوائد التركة، والمذهب المنع، نبه على ذلك الإسنوي، وإعتاق أمة المديون والموروثة كإعتاق الجاني (**فإن طلبت**) من السيد التزويج (**لم يلزمه تزويجها**) وإن حرمت عليه لما فيه من تنقيص القيمة وتفويت الاستمتاع بها عليه (**وقيل: إن حرمت عليه**) تحريماً مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهرة، أو كانت بالغة كما قاله ابن يونس تائقة خائفة الزنا كما قاله الأذرعي (**لزمه**) إذ لا يتوقع منه قضاء شهوة، ولا بدّ من إعفافها. أما إذا كان التحريم لعارض كأن ملك لامرأة. قال صاحب البيان: ينبغي أن يكون في إجبارها الخلاف فيما إذا كانت لرجل وهو لا يملك الاستمتاع بها (**وإذا زوّجها**) أي السيد أمته (**فالأصح أنه بالملك لا بالولاية**) لأنه يملك التمتع بها في الجملة والتصرّف فيما يملك استيفاءه، ونقله إلى الغير يكون بحكم **الملك** كاستيفاء سائر المنافع ونقلها بالإجارة. والثاني: بالولاية؛ لأن عليه مراعاة الحظ، ولهذا لا يزوّجها من معيب كما مرّ.

تنبيه: قضية كلامه أن الخلاف لا يتأتى في تزويج العبد وهو كذلك. قال الرافعي: إلا إذا قلنا للسيد إجباره. قال السبكي: وهو صحيح وعلى الأول (**فيزوّج مسلم أمته الكافرة**) بخلاف الكافر فليس له أن يزوج أمته المسلمة، إذ لا يملك التمتع بها أصلاً، بل ولا سائر التصرّفات فيما سوى إزالة **الملك** عنها وكتابتها، بخلاف المسلم في الكافرة، ولأن حق المسلم في الولاية آكد، ولهذا تثبت له الولاية على الكافرات بالجهة العامة، وعبر في المحرّر بالكتابية، فعدل المصنف إلى الكافرة فشمل المرتدة ولا تزوج بحال والوثنية والمجوسية وفيهما وجهان: أحدهما: لا يجوز وجزم به البغوي؛ لأنه لا يملك التمتع بها. والثاني: يجوز وهو المعتمد كما هو ظاهر نص الشافعي، وصححه الشيخ أبو علي، وجزم به شرّاح الحاوي الصغير، لأن له بيعها وإجارتها وعدم جواز التمتع بها الذي علل به البغوي جزمه بالمنع في غير الكتابية لا يمنع ذلك كما في أمته المحرم كأخته (**و**) يزوج على الأول أيضاً (**فاسق**) أمته (**ومكاتب**) كتابة صحيحة يزوج أمته بالملك، وقضيته أنه يستقلّ به ولا يحتاج إلى إذن السيد وليس مراداً لضعف ملكه، فلا بدّ من إذن سيده، وعلى الثاني لا يزوج واحد من الثلاثة من ذكرت؛ لأن المسلم لا يلي الكافرة، والفسق يسلب الولاية، والرقّ يمنعها كما مرّ، وإذا ملك المبعض ببعضه الحرّ أمة. قال البغوي في فتاويه: لا يزوجها ولا تزوج بإذنه، وهذا فرّعه على أن السيد يزوج بالولاية، والأصح كما في تهذيبه أنه بالملك كما مرّت الإشارة إليه، وعليه فيصح تزويج المبعض كالمكاتب بل أولى؛ لأن ملكه تام، ولهذا تجب عليه الزكاة (**ولا يزوج**

وَلِيُّ عَبْدَ صَبيّ، ويُزَوِّجُ أَمَتَهُ في الأَصَحِّ.

بَابُ مَا يَحْرُمُ مِنَ النِّكَاحِ

ولي عبد) محجور عليه من (**صبي**) وصبية وسفيه ومجنون لما فيه من انقطاع أكسابه وفوائده عنهم.

تنبيه: قال في الدقائق: وهذه العبارة أصوب من قول المحرّر ولا يجبره؛ لأنه لا يلزم مع عدم إجباره منع تزويجه برضاه والصحيح منعه اهـ ومع هذا لو عبر بالمحجور عليه كما قدّرته لكان أولى (**ويزوج**) وليّ الصبي من أب وجدّ (**أمته في الأصح**) إذا ظهرت الغبطة كما قيداه في الروضة وأصلها اكتساباً للمهر والنفقة. والثاني: لا يزوجها؛ لأنه قد تنقص قيمتها، وقد تحبل فتهلك، وأمة غير الصبيّ ممن ذكر معه كأمته، لكن لا تزوج أمة السفيه إلا بإذنه كما أنه لا يزوج إلا بإذنه، وقول الأذرعي: ينبغي أن يعتبر مع ذلك حاجته إلى النكاح، فلو كان غير محتاج إليه فالوليّ لا يملك تزويجه حينئذ فكذلك لا يزوج أمته ممنوع، ويكفي في ذلك أنه يملك تزويجه في الجملة، والسلطان كالأب والجدّ في أمة من به سفه أو جنون لأنه يلي مال مالكه، ونكاحه بخلاف أمة الصغير، والصغيرة لا يزوجها وإن ولي مالهما؛ لأنه لا يلي نكاحهما، ولو كان الصغير كافراً وأمته مسلمة لم يجز لوليه تزويجها، ويزوج الأب وإن علا أمة الثيب المجنونة؛ لأنه يلي مال مالكها ونكاحها، بخلاف أمة الثيب العاقلة الصغيرة؛ لأنه لا يلي نكاح مالكها، وقد علم مما تقرّر أنه يشترط فيمن يلي النكاح أن يكون وليّ المال والنكاح.

خاتمة: أمة غير المحجور عليها يزوّجها وليّ السيدة تبعاً لولايته على سيدتها بإذن السيدة وجوباً؛ لأنها المالكة لها نطقاً وإن كانت بكراً؛ لأنها لا تستحي في تزويج أمتها، ولو أعتق المريض أمة وهو لا يملك غيرها فزوّجها وليها قبل موته وبرئه من مرضه صح للحكم بحرّيتها ظاهراً فلا يمنع العقد بالاحتمال، ولهذا لو مات وخرجت من الثلث يحكم بعتقها ويجوز تزويجها، وإن احتمل ظهور دين عليه يمنع خروجها من الثلث، لكن إذا مات وعجز الثلث عنها ورق بعضها بأن لم تجز الورثة بان فساد النكاح، وإن زوجها السيد بمن يحلّ له نكاح الأمة بإذن الوليّ أو كان هو الوليّ صح وإن لم يمت ولم تخرج بعد موته من الثلث؛ لأنه بتقدير عدم خروجها في الأولى مالك ما لم يعتق ونائب وليّ ما عتق، وفي الثانية مالك ذاك ووليّ هذا.

بَابُ مَا يَحْرُمُ مِنَ النِّكَاحِ

التحريم يطلق في العقد بمعنى التأثيم وعدم الصحة، وهو المراد بالتبويب، ويطلق بمعنى التأثيم مع الصحة كما في نكاح المخطوبة على خطبة الغير، ومراده بهذه الترجمة ذكر

تَحْرُمُ الأُمَّهَاتُ، وكُلُّ مَنْ وَلَدَتْكَ أَوْ وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَكَ فَهِيَ أُمُّكَ، وَالْبَنَـاتُ، وكُلُّ مَنْ وَلَدْتَهَا أَوْ وَلَدْتَ مَنْ وَلَدَهَا فَبِنْتُكَ.

موانع النكاح كما عبر بها في الرّوضة، وهي قسمـان: مؤبد، وغيـر مؤبد، ومن الأول وإن لم يذكره الشيخـان اختلاف الجنس، فـلا يجوز لـلآدمي نكاح جنيـة كما قـاله العمـاد بن يونس، وأفتى به ابن عبد السـلام خلافـاً للقمولي. قـال تعالى: ﴿هُـوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِـدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا﴾ [الأعراف: ١٨٩] وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّـاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّـذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا﴾ [النساء: ١]. وروى ابن أبي الـدنيا مـرفوعـاً: «نَهَى عَنْ نِكَـاحِ الجِنِّ» والمؤبد غيـر اختلاف الجنس لـه أسباب ثـلاثة: قـرابة، ورضـاع، ومصـاهـرة، ولضـابط المحرمـات بالنسب، والـرضاع ضـابطان: الأول: تحـرم نساء القـرابة إلا من دخلت تحت ولد العمومة أو ولد الخؤولـة. والثاني: يحـرم على الرجـل أصولـه وفصولـه وفصول أوّل أصوله، وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول، فالأصول: الأمّهات، والفصـول البنات، وفصول أول الأصول الأخوات وبنات الأخ وبنات الأخت. وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول: العمات، والخالات. والضابط الثاني للأستاذ أبي إسحاق الإسفرايني، والأول لتلميذه الأستاذ أبي منصور البغدادي. قال الرافعي: وهو أرجـح لإيجازه ونصـه على الإناث، بخـلاف الثـاني ولمجيئه على نمط قـوله تعـالى: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَـا لَكَ أَزْوَاجَـكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُـورَهُنَّ وَمَـا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَـالِكَ وَبَنَـاتِ خَالَاتِـكَ﴾ [الأحـزاب: ٥٠] فدلّ على أن مـا عداهنّ من الأقـارب ممنوع. وقـد بدأ بـالسبب الأول، وهو القرابة ويحرم بها سبع. وقد شرع في الأول منها، فقال: (**تحرم الأمّهات**) بضم الهمزة وكسرها مع فتح الميم وكسرها جمع أمّ، وأصلها أمهة قاله الجوهري. قال شيخنا: ومن نقل عنه أنه قال جمع أمهة أصل أمّ فقد تسمح، ويشير بذلك إلى الردّ على الشارح، ويحتمل أن الجوهري وقع لـه عبارتـان. وقال بعضهم: الأمهـات للناس، والأمـات للبهائم. وقـال آخرون: يقـال فيهمـا أمهات وأمات، لكن الأول: أكثر في الناس، والثـاني: أكثر في غيـرهم، ويمكن ردّ الأول إلى هذا، وسيأتي إن شاء الله تعالى تحرير ذلك آخر الكتاب، والمراد تحـريم العقد عليهنّ، وكـذا يقدّر في الباقي (**و**) ضابط الأم هو (**كل من ولدتك**) **فهي** أمك حقيقة (**أو ولدت من ولدك**) ذكراً كان أو أنثى، كأم الأب وإن علت وأم الأم كذلك (**فهي أمك**) مجازاً، وإن شئت قلت كـل أنثى ينتهي إليهـا نسبك بـواسطة أو بغيـرها، وهـذا تفسير الأمهـات بالنسب وإلا فقـد يحـرم النكـاح بالأمومة لا من هذه الجهة، وذلك في زوجات النبي ﷺ لأنهنّ أمهات المؤمنين، ودليل التحريم في الأمّهات وفي بقية السبع الآتية قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآيـة (**و**) الثاني (**البنات**) جمع بنت (**و**) ضابطها هـو (**كل من ولـدتها**) فبنتـك حقيقة (**أو ولـدت من ولدها**) ذكراً كان أو أنثى كبنت ابن وإن نزل، وبنت بنت وإن نزلت (**فبنتـك**) مجازاً، وإن شئت

قُلْتُ: والمَخْلُوقَةُ مِنْ زِنَاهُ تَحِلُّ لَهُ، ويَحْرُمُ عَلَى المَـرْأةِ وَلَدُهَـا مِنْ زِنَاً، واللَّهُ أَعْلَمُ،

قلت: كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة بواسطة أو بغيرها. ولما كانت المخلوقة من ماء الزنـا قد يتوهم أنها بنت الزاني فتحرم عليه دفع هذا التوهم بقوله (**قلت: والمخلوقة من**) ماء (**زناه**) سواء أكانت المزني بها مطاوعة أم لا، سواء تحقق أنها من مائه أم لا (**تحـل له**)[1] لأنهـا أجنبية عنه، إذ لا حرمة لماء الزنا بدليل انتفـاء سائـر أحكام النسب من إرث وغيـره عنها، فـلا تتبعض الأحكام كما يقول به الخصم، فإن منع الإرث بإجماع كمـا قالـه الرافعي، وقيـل: تحرم عليـه مطلقاً، وقيـل: تحرم عليـه إن تحقق أنها من مـائه بـأن أخبره بـذلك نبيٌّ، كـأن يكون في زمن عيسى ﷺ، وعلى الأول يكره نكاحها. واختلف في المعنى المقتضي للكراهة، فقيل للخروج من الخلاف. قال السبكي: وهو الصحيح، وقيل لاحتمال كونها منه، فإن تيقن أنها منه حرمت عليه، وهو اختيار جماعة منهم الروياني، ولو أرضعت المـرأة بلبن الزاني صغيـرة فكبنته، قـاله المتولي (**ويحرم على المرأة**) وعلى سائر محارمها (**ولدهـا من زنا، والله أعلم**) بـالإجماع كمـا أجمعوا على أنه يرثها، والفرق أن الابن كالعضو منها وانفصل منها إنساناً ولا كذلك النطفة التي خلقت منها البنت بالنسبة للأب.

---

(١) اختلف الفقهاء في حكم نكاح الرجل للبنت التي خلقت من مائه بالزنا على أربعة مذاهب:

الأول: مذهب إمامنا الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ الجواز مـع الكراهـة، ونص عبارتـه في الأم: «وأكره له في الـورع أن ينكح بنـات الذي ولـده من الزنـا، فإن نكـح له أفسخت؛ لأنـه ليس ابناً في حكم النبي ﷺ»، واختلف أصحابه في سبب الكراهة على وجهين: فقال أبو إسحـاق المروزي: لجـواز أن تكون مخلوقة من مائه، وعلى هذا لو تحقق خلقها من مائه حرمت، وهذا غير ظاهر؛ لأن الفرض أنها بنته من الزنا؛ وقال أبو حامد: يكره للخلاف كما كره القصر في أقل من ثلاث مراحل، وهذا هـو الظاهـر يرشـد إليه قـول الإمام: «وأكره له في الورع» وعلى هـذا لو تحقق خلقهـا من مائـه بأن حبست عن الـوطء إلى أن ولدت لم تحرم.

الثاني: مذهب أبي حنيفة ـ رضي الله تعالى عنه ـ وهو الحرمة ولا تلحق به إذا أقر بها.

الثالث: مذهب الإمام أحمد وإسحاق، وحكى عن عمر والحسن وابن سيـرين، وهو الحـرمة، وإن استلحقها لحقته.

الرابع: مذهب المزني تحل له من غير كراهة.

استدل الإمام الشافعي ـ رضي الله تعالى عنه ـ بأن الحرمة إمَّا للمصاهرة أو للبنتية، والأول منتف؛ لأن المصاهرة لا تثبت بالزنا، ولهذا امتن الله على عباده بالنسب والمصاهرة بقوله: ﴿وهو الذي خلق من المـاء بشراً فجعله نسباً وصهراً﴾ والزنا ليس واحداً منهما؛ وكذلك الثاني وهو البنتية؛ لأنها لو كانت بنتا لأخذت من الميراث، ولثبتت ولاية الإجبار عليها، ولوجبت نفقتها وحضانتها، ولحل الخلوة بها، والثاني بأنواعه بـاطل بالاتفاق، فبطل ما أدى إليه، وهو كونها بنتاً للزاني، فثبت نقيضه. وهو أنها ليست بنتاً؛ ولنا أيضاً قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» والمزنى بها ليست فراشاً للزاني، فلا يحلقه ولـدها، وحيث انتفى النسب، والمصاهرة انتفت الحرمة وهو المطلوب.

قال الماوردي: وإنما جاز له أن يتزوجها لثلاثة أمور:

أحدها: لانتفاء نسبها عنه كالأجانب.

=

تنبيه: سكت المصنف رحمه الله تعالى عن المنفية باللعان، وحكمها أنها تحرم على نافيها ولو لم يدخل بأمها؛ لأنها لا تنتفي عنه قطعاً بدليل لحوقها به لو أكذب نفسه، ولأنها ربيبة في المدخول بها، وتتعدّى حرمتها إلى سائر محارمه، وفي وجوب القصاص عليه بقتله لها، والحدّ بقذفه لها، والقطع بسرقة مالها، وقبول شهادته لها وجهان، أوجههما كما قال شيخي لا كما يقتضي كلام الرّوضة تصحيحه، وإن قيل: إن ذلك إنما وقع في نسخ الرّوضة السقيمة. قال البلقيني: وهل يأتي الوجهان في انتقاض الوضوء بمسها وجواز النظر إليها والخلوة بها أو لا، إذ لا يلزم من ثبوت الحرمة المحرمية كما في الملاعنة، وأمّ الموطوءة بشبهة وبنتها، والأقرب عندي ثبوت المحرمية اهـ والأوجه حرمة النظر والخلوة بها احتياطاً، وعدم نقض الوضوء بمسها للشك كما يؤخذ مما قدّمته في باب أسباب الحدث، ولو تزوج ولد إنسان بلقيطة أو مجهولة نسب فادّعى أبوه بنوّة تلك الزوجة بالشروط المذكورة في الإقرار، فإن صدّقه الولد والزوجة ثبت النسب وانفسخ النكاح، ثم إن كان ذلك قبل الدخول فلا شيء لها أو بعده فلها مهر المثل، وإن كذباه ولا بينة للأب ثبت نسبها ولا ينفسخ النكاح. قال المزني: وفيه وحشة. قال القاضي في فتاويه: وليس لنا من يطأ أخته في الإسلام إلا هذا، وقيس به ما لو تزوجت بمجهول النسب فاستلحقه أبوها ثبت نسبه، ولا ينفسخ النكاح إن لم تصدّقه الزوجة، وإن أقام الأب بينة في الصورة الأولى ثبت النسب وانفسخ النكاح وحكم المهر كما تقدّم، وإن لم يكن بينة وصدّقته الزوجة فقط لم ينفسخ النكاح لحق الزوج، لكن لو أبانها لم يجز له بعد ذلك تجديد نكاحها؛ لأن إذنها شرط وقد اعترفت بالتحريم. وأما المهر فيلزم الزوج؛ لأنه يدّعي ثبوته عليه لكنها تنكره، فإن كان قبل الدخول فنصف المسمى أو بعده فكله. وحكمها في قبضه كمن أقرّ لشخص بشيء وهو ينكره، وتقدّم حكمه في باب الإقرار، فلو وقع الاستلحاق قبل

= وثانيها: لانتفاء أحكام النسب بينهما من الميراث والنفقة والقصاص.

وثالثها: لإباحتها لأخيه، ولو حرمت عليه؛ لأنه الأب لحرمت على أخيه؛ لأنه العم اهـ.

قالت الحنفية محتجين على دعواهم:

أولاً: حرمتم البنت من الرضاع لكونها تغذت من لبنه، فأولى بالتحريم من خلقت من مائه.

وأجيب بأنه قياس مع الفارق؛ لأن بنت الرضاع حرمت لتغذيتها بلبن أبيح لها شربه، فكانت له حرمة في نظر الشارع، فرتب عليه غالب أحكام النسب كما تقدم، بخلاف بنت الزنا، فإنها خلقت من ماء لا حرمة له فليس له إلا ذُلّ الدنيا وعقوبة الأخرى.

قالوا ثانياً: قد أجمعوا على تحريم الأم الزانية على ابنها وما ذاك إلا لخلقه من مائها، فالزاني أيضاً كذلك؛ لأنه قد خلق من مائه، وقد اشتركا في الإثم وانقطاع الإرث بين الزاني والبنت لا يوجب جواز نكاحه لها.

وأجيب بأن الإجماع مسلم، ولكن هناك فرق بين نسبة الولد إلى الأب ونسبته إلى الأم، فنسبته إلى الأم قطعية، ونسبته إلى الأب ظنية؛ لأنا شاكون في التخلق من مائه.

ويؤيد هذا قول أبي إسحاق المروزي في تعليل قول الإمام بالكراهية: لجواز أن تكون مخلوقة من مائه، وفرع على هذا أنه لو تحقق خلقها من مائه حرمت. سلمنا أنها بنته فلم قلتم بعدم الإرث والنفقة وغيرهما من الأحكام؟.

وَالأَخَـوَاتُ وَبَنَاتُ الْإِخْـوَةِ وَالأَخَـواتِ، وَالْعَمَّـاتُ وَالخَالاَتُ، وَكُلُّ مَنْ هِيَ أُخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَكَ فَعَمَّتُـكَ، أَوْ أُخْتُ أُنْثَىٰ وَلَدَتْـكَ فَخَالَتُـكَ، وَيَحْرُمُ هٰؤُلَاءِ السَّبْعُ بِالرَّضَاعِ أَيْضاً، وَكُلُّ مَنْ أَرْضَعَتْكَ أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ أَرْضَعَتْكَ أَوْ مَنْ وَلَدَكَ أَوْ وَلَدَتْ مُرْضِعَتَكَ أَوْ ذَا لَبَنِهَا فَأُمُّ رَضَاعٍ، وَقِسِ الْبَاقِيَ، وَلَا يَحْـرُمُ عَلَيْكَ مَنْ أَرْضَعَتْ أَخَاكَ وَنَافِلَتَـكَ،

التزويج لم يجز للابن نكاحها (و) الثالث (**الأخوات**) جمع أخت. وضابطها كل من ولدها أبواك أو أحدهما فأختك (و) الرابع والخامس (**بنات الإخوة و**) بنات (**الأخوات**) من جميع الجهات وبنات أولادهم وإن سفلن.

تنبيه: كان ينبغي تأخير الإخوة والأخوات عن العمات والخالات تأسياً بالقرآن (و) السادس (**العمات**) من كل جهة، سواء كنّ لأب وأمّ أم لا (و) السابع (**الخالات**) كذلك (و) أشار لضابط العمة بقوله: (**كل من هي أخت ذكر ولدك**) بلا واسطة فعمتك حقيقة أو بواسطة كعمة أبيك (**فعمتك**) مجازاً، وقد تكون العمة من جهة الأمّ كأخت أبي الأمّ، وأشار لضابط الخالة بقوله (**أو**) أي وكل من هي (**أخت أنثى ولدتك**) بلا واسطة فخالتك حقيقة، أو بواسطة كخالة أمّك (**فخالتك**) مجازاً، وقد تكون الخالة من جهة الأب كأخت أم الأب. ثم شرع في السبب الثاني، وهو الرضاع، فقال (**ويحرم هؤلاء السبع بالرضاع أيضاً**) للآية، ولخبر الصحيحين: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الوِلاَدَةِ»[1] وفي رواية: «مِنْ النَّسَب» وفي أخرى: «حَرِّمُوا مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» (و) ضابط أمك من الرضاع هو (**كل من أرضعتك أو أرضعت من أرضعتك**) أو صاحب اللبن (**أو**) أرضعت (**من ولدك**) بواسطة أو غيرها (**أو ولدت مرضعتك**) بواسطة أو غيرها (**أو**) ولدت (**ذا**) أي صاحب (**لبنها**) وهو الفحل بواسطة أو غيرها (**فأم رضاع**) في الصور المذكورة (**وقس**) على ذلك (**الباقي**) من السبع المحرمة بالرّضاع مما ذكر، فضابط بنت الرضاع: هو كل امرأة ارتضعت بلبنك أو لبن من ولدته بواسطة أو غيرها أو أرضعتها امرأة ولدتها بواسطة أو غيرها، وكذا بناتها من نسب أو رضاع وإن سفلن، وضابط أخت الرضاع: هو كل من أرضعتها أمك أو ارتضعت بلبن أبيك أو ولدتها مرضعتك أو ولدك الفحل. وضابط عمة الرضاع هو كل أخت للفحل أو أخت ذكر ولد الفحل بواسطة أو غيرها من نسب أو رضاع، وضابط خالة الرضاع هو كل أخت للمرضعة أو أخت أنثى ولدت المرضعة بواسطة أو غيرها من نسب أو رضاع. وضابط بنات الإخوة وبنات الأخوات من الرضاع هو كل أنثى من بنات أولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب، وكذا كل أنثى أرضعتها أختك أو ارتضعت بلبن أخيك وبناتها وبنات أولادها من نسب أو رضاع (**ولا يحرم عليك من أرضعت أخاك**) أو أختك، ولو كانت من النسب حرمت؛ لأنها إمّا أمّ أو موطوءة أب (و) لا من أرضعت (**نافلتك**) وهو ولد ولدك، ولو كانت أمّ نسب حرمت عليك لأنها بنتك أو

---

(١) أخرجه البخاري ٩/١٣٩ (٥٠٩٩) ومسلم ٢/١٠٦٨ (٢ ـ ١٤٤٤).

وَلَا أُمُّ مُرْضِعَةِ وَلَدِكَ وَبِنْتُهَا وَلَا أُخْتُ أَخِيكَ: مِنْ نَسَبٍ وَلَا رَضَاعٍ وَهِيَ أُخْتُ أَخِيكَ لِأَبِيكَ لِأُمِّهِ وَعَكْسُهُ، وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ مَنْ وَلَدْتَ أَوْ وَلَدَكَ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ

موطوءة ابنك (**ولا أمّ مرضعة ولدك و**) لا (**بنتها**) أي بنت المرضعة، ولو كانت المرضعة أمّ نسب كانت موطوءتك فتحرم أمها عليك وبنتها، فهذه الأربعة يحرمن في النسب ولا يحرمن في الرضاع، فاستثناها بعضهم من قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. قال في زيادة الرّوضة، قال المحققون: لا حاجة إلى استثنائها؛ لأنها ليست داخلة في الضابط، ولهذا لم يستثنها الشافعي والجمهور ولا استثنيت في الحديث؛ لأن أمّ الأخ لم تحرم لكونها أمّ أخ، وإنما حرمت لكونها أمّاً أو حليلة أب، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى، وكذا القول في باقيهنّ اهـ وذكر الرافعي نحوه في كتاب الرضاع. وقال الإمام: قوله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» من جوامع الكلم فإنه شامل لقواعد حرمة الرضاع، ولا يغادر منها شيئاً، ولا يتطرق إليه تأويل، ولا حاجة فيه إلى تتمة بتصرف قائس. قال: وهذا مستمرّ لا قصور فيه ولا استثناء منه، وقد نظم بعضهم هذه الصور التي ذكرها المصنف، فقال:

أَرْبَعٌ هُنَّ فِي الرَّضَاعِ حَلَالٌ ... وَإِذَا مَا نَسَبْتَهُنَّ حَرَامُ
جَدَّةُ ابْنٍ وَأُخْتُهُ ثُمَّ أُمٌّ ... لِأَخِيهِ وَحَافِدٌ وَالسَّلَامُ

وزاد الجرجاني على هذه الأربعة ثلاث صور: أمّ العم والعمة، وأم الخال والخالة، وأخو الابن فإنهنّ يحرمن في النسب لا في الرضاع، وصورة الأخيرة في امرأة لها ابن ثم إن ابنها ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن، فذلك الابن أخو ابن المرأة المذكورة، ولا يحرم عليها أن تتزوج بهذا الذي هو أخ لابنها (**ولا**) يحرم عليك (**أخت أخيك**) وقوله (من نسب **ولا رضاع**) متعلق بأخت لا بأخ (**وهي**) في النسب (**أخت أخيك لأبيك لأمه**) أي الأخ، وصورته أن يكون لك أخ لأب وأخت لأم، فله أن ينكح أختك من الأم، وصورته في الرضاع أن ترضعك امرأة وترضع صغيرة أجنبية منك فلأخيك نكاحها (**وعكسه**) في النسب أخت أخيك لأمك لأبيه، بأن كان لأبي أخيك بنت من غير أمك فيجوز لك نكاحها، وفي الرضاع أن ترضع امرأة أخاك وترضع معه صغيرة أجنبية منك فيجوز لك نكاحها.

تنبيه: صورة العكس مزيدة على المحرر والرّوضة كأصلها. ثم شرع في السبب الثالث وهو المصاهرة، فقال: (**وتحرم**) عليك (**زوجة من ولدت**) بواسطة أو غيرها وإن لم يدخل ولدك بها لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] (**أو**) زوجة من (**ولدك**) بواسطة أو غيرها أباً أو جدّاً من قبل الأب أو الأم وإن لم يدخل والدك بها لإطلاق قوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[النساء: ٢٢]. قال في الأم: يعني في الجاهلية قبل علمكم بتحريمه (**من نسب أو رضاع**) هو راجع لهما معاً. أما النسب فللآية. وأما الرضاع فللحديث المتقدم. فإن قيل: إنما قال الله تعالى: ﴿وَحَلَائِل

وَأُمَّهات زَوْجَتِـكَ مِنْهُمَا وَكَـذَا بَنَاتُهَـا إِنْ دَخَلْتَ بِهَا، وَمَنْ وَطِيءَ امْـرَأَةً بِمِلْكٍ حَرُمَ عَلَيْهِ

أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فكيف حرمت حليلة الابن من الرضاعة؟. أجيب بأن المفهوم إنما يكون حجة إذا لم يعارضه منطوق، وقد عارضه هنا منطوق قوله ﷺ: «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ». فإن قيل: ما فائدة التقييد في الآية حينئذ. أجيب بأن فائدة ذلك إخراج حليلة المتبني فلا يحرم على المرء زوجة من تبناه لأنه ليس بابن له حقيقة **(وأمهات زوجتك)** بواسطة أو بغيرها **(منهما)** أي من نسب أو رضاع، سواء أدخل بها أم لا لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] **(وكذا بناتها)** بواسطة أو غيرها **(إن دخلت بها) في عقد** صحيح أو فاسد لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُم اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنَ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنَّ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وذكر الحجور خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، فإن قيل: لم أعيد الوصف إلى الجملة الثانية ولم يعد إلى الجملة الأولى وهي: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمُ﴾ [النساء: ٢٣] مع أن الصفات عقب الجمل تعود إلى الجميع. أجيب بأن نسائكم الثاني مجرور بحرف الجرّ ونسائكم الأول مجرور بالمضاف، وإذا اختلف العامل لم يجز الاتباع وتعين القطع، واعترض بأن المعمول الجرّ وهو أحد.

تنبيه: قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره أنه يعتبر في الدخول أن يقع في حياة الأم، فلو ماتت قبل الدخول ووطئها بعد موتها لم تحرم بنتها؛ لأن ذلك لا يسمى دخولاً وإن تردد فيه الروياني، فإن قيل: لِمَ لَمْ يعتبروا الدخول في تحريم أصول البنت واعتبروا في تحريمها الدخول. أجيب بأن الرجل يبتلي عادة بمكالمة أمّها عقب العقد لترتيب أموره فحرّمت بالعقد ليسهل ذلك بخلاف بنتها، وتقييد التحريم بالدخول يفهم تحريم الثلاث الأول بمجرد العقد وهو كذلك كما مرّ بشرط صحة العقد فلا يتعلق بالعقد الفاسد حرمة المصاهرة كما لا يتعلق به حل المنكوحة. والحاصل أن من حرم بالوطء لا يعتبر فيه صحة العقد كالربيبة، ومن حرم بالعقد وهي الثلاث الأول فلا بد فيه من صحة العقد، نعم لو وطيء في العقد الفاسد في الثلاث الأول حرم بالوطء فيه لا بالعقد، وظاهر كلام المصنف أن الربيبة لا تحرم باستدخال أمّها ماء الزوج وليس مراداً إذ في الروضة وأصلها الجزم بأن استدخال الماء يثبت المصاهرة إذا كان محترماً بأن كان ماء زوجها ومقتضاه تحريم الربيبة، وإن خالف في ذلك البلقيني، وظاهر كلامه أيضاً حل البنت المنفية باللعان إذا لم يدخل بالملاعنة لأنها بنت زوجة لم يدخل بها ولم يثبت كونها بنتاً له، وليس مراداً بل الأصح تحريمها؛ لأنها لا تنتفي عنه قطعاً كما مرّت الإشارة إليه، وعلم من كلامه عدم تحريم بنت زوج الأم أو البنت أو أمّه، وعدم تحريم أم زوجة الأب، أو الابن أو بنتها، أو زوجة الربيب، أو الراب لخروجهنّ عن المذكورات **(و)** كل **(من وطيء)** في الحياة وهو واضح **(امرأة بملك)** سواء أكانت محرّمة عليه على التأبيد أم لا **(حرم عليه

أُمَّهَاتُهَا وَبَنَاتُهَا وَحَرُمَتْ عَلَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ، وَكَذَا المَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةٍ في حَقِّهِ، قِيلَ أَوْ لاَ حَقِّهَا، المَزْنِيُّ بِهَا، وَلَيْسَتْ مُبَاشَرَةٌ بِشَهْوَةٍ كَوَطْءٍ في الأَظْهَرِ

أمهاتها وبناتها وحرمت) هي **على آبائه وأبنائه)** تحريماً مؤبداً بالإجماع، ولأن الوطء بملك اليمين نازل منزلة عقد النكاح **(وكذا الموطوءة)** الحية **(بشبهة في حقه)** كأن ظنها زوجته أو أمته أو وطىء بفاسد شراء أو نكاح تحرم عليه أمهاتها وبناتها، وتحرم على أبائه وأبنائه كما يثبت في هذا الوطء النسب، ويوجب العدة، وسواء كانت كما ظن أم لا **(قيل أو حقها)** بأن ظنته كما ظن مع علمه بالحال. وحاصل هذا الوجه أنه يكتفى بقيام الشبهة من أحد الجانبين، أما الميتة فلا تثبت حرمة المصاهرة بوطئها كما جزم به الرافعي في الرضاع، وأما الخنثى فلا تثبت حرمة المصاهرة بوطئه لاحتمال كون العضو زائداً. قاله أبو الفتوح.

تنبيه: قد يشعر تشبيه وطء الشبهة بملك اليمين أن وطء الشبهة يوجب التحريم والمحرمية، وليس مراداً بل التحريم فقط فلا يحل للواطىء بشبهة النظر إلى أمّ الموطوءة وبنتها، ولا الخلوة والمسافرة بهما، ولا مسهما كالموطوءة بل أولى، فلو تزوجها بعد ذلك ودخل بها ثبتت المحرمية أيضاً كما يقتضيه كلامهم وما صححه من عدم تأثيره في **حقها** هو بالنسبة للتحريم لا المهر وتحقيق أحكام هذه المسألة أن شبهة الواطىء فقط تثبت حرمة المصاهرة والنسب والعدّة لا المهر وشبهة الموطوءة فقط توجب المهر فقط لا المصاهرة والعدة والنسب، ودخل تحت قوله في حقه صورتان: الشبهة في حق الزوجة والزوج معاً، وفي حق الزوج فقط، وخرج عنه صورتان شبهتها فقط وعدم شبهته **(لا المزني بها)** فلا يثبت بزناها حرمة المصاهرة فللزاني نكاح أمّ من زنى بها وبنتها ولابنه وأبيه نكاحها هي؛ لأن الله تعالى امتنّ على عباده بالنسب والصهر فلا يثبت بالزنا كالنسب.

تنبيه: استثنى زنا المجنون فإنه يثبت به المصاهرة ولا حاجة إليه كما قال ابن شهبة فإن الصادر من المجنون صورة زنا لا زنا حقيقة؛ لأنه ليس عليه إثم ولا حدّ، ولو لاط شخص بغلام لم يحرم على الفاعل أم الغلام وبنته **(وليست مباشرة)** كلمس وقبلة **(بشهوة)** في زوجة وأمة أو أجنبية، لكن بشبهة كما لو مس امرأة على فراشه ظنها زوجته **(كوطء في الأظهر)** لأنها لا توجب العدة فكذا لا توجب الحرمة، والثاني: أنها كالوطء بجامع التلذذ بالمرأة، ولأنه استمتاع يوجب الفدية على المحرم فكان كالوطء وبهذا قال جمهور العلماء.

تنبيه: تقييد الشهوة من زيادته على المحرّر. قال في الدقائق: ولا بد منه أما اللمس بغيرها فلا أثر له في التحريم عند المعظم. قال الزركشي: ويرد على المصنف لمس الأب جارية ابنه فإنها تحرم لماله من الشبهة في ملكه أي فيجري فيها الخلاف بخلاف لمس الزوجة، ذكره الإمام وتثبت العدة والمصاهرة والنسب فقط باستدخال ماء زوج، وكذا أجنبي أو سيد بشبهة دون الإحصان والتحليل وتقرير المهر ووجوبه للمفوّضة والغسل والمهر في صورة الشبهة، واختلف في ثبوت الرجعة بذلك، والذي جزم به ابن المقري هنا تبعاً لأصله عدم

وَلَوِ اخْتَلَطَتْ مَحْرَمٌ بِنِسْوَةِ قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ نَكَحَ مِنْهُنَّ، لَا بِمَحْصُورَاتٍ،

ثبوتها وهو مخالف لجزمهما بثبوتها في الكلام على التحليل وعلى الفسخ بالعنة، وعليه اقتصر في الشرح الصغير وهو الأصح كما في المهمات. قال: ونقل الماوردي عن بعض الأصحاب أنه يشترط في التحريم باستدخال ماء الزوج وجود الزوجية حال الإنزال والاستدخال، ومقتضاه أنه يشترط في ماء الأجنبي قيام الشبهة في الحالين، والمراد من ذلك أن يكون الماء محترماً فيهما، ولا يثبت ذلك ولا غيره باستدخال ماء زنا الزوج أو السيد، وعند البغوي يثبت جميع ذلك كما لو وطىء زوجته يظن أنه يزني بها. وأجيب بأن الوطء في زوجته بظنه المذكور ليس زنا في نفس الأمر بخلافه في مسألتنا (**ولو اختلطت**) امرأة (**محرم**) لشخص من نسب أو رضاع أو مصاهرة أو محرّمة عليه بلعان أو نفي أو توثن أو غيرها كما صرّح به الجرجاني (**بنسوة قرية كبيرة**) غير محصورات (**نكح منهنّ**) جوازاً باجتهاد وغيره؛ لأنا لو منعناه لتضرّر بالسفر، وربما انحسم عليه باب النكاح فإنه وإن سافر إلى بلدة أخرى لم يؤمن مسافرتها إليها وهذا كما لو اختلط صيد مملوك بصيود مباحة غير محصورة لا يحرم الاصطياد.

تنبيه: قضية قوله نكح منهنّ أنه لا ينكح الجميع، وبه جزم الجرجاني، وهل ينكح إلى أن تبقى واحدة أو إلى أن يبقى عدد محصور؟ حكى الروياني عن والده فيه احتمالين. وقال: الأقيس عندي الثاني اهـ وهذا هو الأوجه وفرّق بين هذا وبين ما صححه المصنف في نظيره من الأواني من ترجيح الأوّل بأن ذلك يكفي فيه الظن بدليل صحة الطهر والصلاة بمظنون الطهارة وحل تناوله مع القدرة على متيقنها أي في محصور وغيره بخلاف النكاح، وقوله: محرم الدائر على الألسنة أنه بفتح الميم، وينبغي ضبطه بالضم مع تشديد الراء فإن الحكم لا يختص بالأوّل كما مرّت الإشارة إليه، فإن من حرمت بالجمع أو بالعدة كذلك (**لا بمحصورات**) فإنه لا ينكح منهن احتياطاً للأبضاع مع انتفاء المشقة باجتنابهن بخلاف الصورة الأولى، فلو خالف وفعل لم يصح في الأصح لمنعنا له من ذلك إذ من الشروط كما سبق أن يعلم أنها حلال ويشكل عليه كما قال ابن شهبة أنه لو زوّج أمة مورثه ظاناً حياته فبان ميتاً صح، ولو تزوّج امرأة المفقود بعد التربص فبان ميتاً صح على الجديد، وقد يجاب عن الصورة الأولى بأن الشك في الزوج هل هو مالك أو لا وهو لا يضر إذا تبين أنه مالك كما لو زوج أخ خنثى أخته وتبينت ذكورته فإنه لا يضرّ كما مرّ، وعن الثانية بأن بعض الأئمة يرى ذلك فإذا تبين أنه كان في نفس الأمر كذلك صح، وهذا التفصيل يأتي فيما لو أراد الوطء بملك اليمين أيضاً. قال الإمام: والمحصور ما سهل على الآحاد عدّه دون الولاة. وقال الغزالي: غير المحصور كل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر عدّه بمجرّد النظر كألف وما سهل كالعشرين فمحصور. قال: وما بينهما يلحق بأحدهما بالظن وما شك فيه استفتي فيه القلب. وقال الأذرعي وغيره: ينبغي التحريم عند الشك عملاً بالأصل، وخرج بمحرم ما لو اختلطت زوجته بأجنبيات فلا يجوز له وطء واحدة منهنّ مطلقاً ولو باجتهاد إذ لا مدخل للاجتهاد في ذلك، ولأن الوطء إنما يباح بالعقد لا

وَلَوْ طَرَأَ مُؤَبَّدُ تَحْرِيمٍ عَلَى نِكَاحٍ قَطَعَهُ كَوَطْءِ زَوْجَةِ ابنه بِشُبْهَةٍ،

بالاجتهاد **(ولو طرأ مؤبد تحريم على نكاح قطعه)** أي منع دوامه **(كوطء)** الواضح **(زوجة ابنه)** بنون أو بمثناة تحتية بخطه حيث كتب كلمة معاً على ابنه أو أم زوجة نفسه أو بنتها **(بشبهة)** فينفسخ به نكاحها كما يمنع انعقاده ابتداء سواء أكانت الموطوءة محرماً للواطىء قبل العقد عليها كبنت أخيه أم لا، قال شيخنا: ولا يعتبر بما نقل عن بعضهم من تقييد ذلك بالشق الثاني.

تنبيه: احترز بطروّه على النكاح عما إذا طرأ على ملك اليمين كوطء الأب جارية ابنه فإنها تحرم على الابن أبداً، ولا ينقطع على الابن ملكه إذا لم يوجد من الأب إحبال ولا شيء عليه بمجرد تحريمها؛ لأن مجرد الحلّ في ملك اليمين ليس بمتقوّم، وإنما القصد الأعظم منه المالية وهي باقية، أما الخنثى فلا ينفسخ بوطئه النكاح.

فرع: لو عقد شخص على امرأة وابنه على بنتها وزفتا إليهما بأن زفت كل منهما إلى غير زوجها فوطىء كلّ منهما الأخرى غلطاً انفسخ النكاحان؛ لأن زوجة الأب موطوءة ابنه وأمّ موطوءته بالشبهة وزوجة الابن موطوءة أبيه وبنت موطوءته بالشبهة ولزم كلاً منهما لموطوءته مهر المثل، وعلى السابق منهما بالوطء لزوجته نصف المسمى؛ لأنه الذي رفع نكاحها فهو كما لو طلقها قبل الدخول، وهل يلزم الثاني نصف المسمى لزوجته أو لا؟ أوجه: أحدها: لا، إذ لا صنع له. وثانيها: نعم؛ إذ لا صنع لها. وثالثها: وهو كما قال شيخنا: الأوجه يجب لصغيرة لا تعقل ومكرهة ونائمة؛ لأن الانفساخ حينئذ غير منسوب إليها فكان كما لو أرضعت زوجته الكبيرة الصغيرة ينفسخ نكاحهما، وللصغيرة نصف المسمى على الزوج ويرجع على السابق بنصف مهر المثل؛ لأنه فوّت عليه نكاحها لا بمهر المثل ولا بما غرم كما في الرضاع، ولا يجب لعاقلة مطاوعة في الوطء ولو غلطاً كما لو اشترت حرّة زوجها قبل الدخول، فإن وطئا معاً فعلى كلّ منهما لزوجته نصف المسمى ويرجع كلّ منهما على الآخر في أحد وجهين يظهر كما قال شيخي ترجيحه بنصف ما كان يرجع به لو انفرد، ويهدر نصفه لأنها حرمت بفعلهما كنظيره في الاصطدام، ولو أشكل الحال ولم يعلم سبق ولا معية وجب للموطوءة مهر المثل وانفسخ النكاحان، ولا رجوع لأحدهما على الآخر، ولزوجة كلّ منهما نصف المسمى، ولا يسقط بالشكّ كما قاله ابن الصباغ، ولو نكح الشخص جاهلاً امرأة وبنتها مرتباً فالنكاح الثاني باطل، وإن وطىء الثانية فقط عالماً بالتحريم فنكاح الأولى بحاله؛ لأن وطء الزنا لا أثر له أو جاهلاً به بطل نكاح الأولى؛ لأنها أمّ الموطوءة بشبهة أو بنتها، ولزمه للأولى نصف المسمى، وحرمت عليه أبداً لما مرّ، وللموطوءة مهر مثل، وحرمت عليه أبداً إن كانت هي الأمّ؛ لأنها أم زوجته، وإن كانت البنت فلا تحرم أبداً؛ لأنها ربيبة امرأة لم يدخل بها إلا إن كان قد وطىء الأمّ؛ لأنها حينئذ بنت موطوءته. ثم شرع في القسم الثاني وهو ما لا يتأبد تحريمه، وهو ثلاثة أنواع، وقد

وَيَحْرُمُ جَمْعُ الْمَرْأَةِ وَأُخْتِهَا أَوْ عَمَّتِهَاأَوْ خالَتِهَا مِنْ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ، فَإِنْ جَمَعَ بِعَقْدٍ بَطَلَ، أَوْ مُرَتَّباً فَالثَّانِي، وَمَنْ حَرُمَ جَمْعُهُمَا بِنِكَاحٍ حَرُمَ فِي الْوَطْءِ بِمِلْكٍ، لَا مِلْكُهُمَا،

بدأ بالأوّل منها. فقال (ويحرم) ابتداء ودواماً (جمع) امرأتين بينهما قرابة أو رضاع لو فرضت إحداهما ذكراً حرم تناكحهما كجمع (المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها من رضاع أو نسب) ولو بواسطة لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣]، ولخبر: «لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا وَلَا العَمَّة عَلَى بِنْتِ أَخِيهَا وَلَا الْمَرْأَةُ عَلَى خَالَتِهَا وَلَا الخَالَةُ عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا لَا الْكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى وَلَا الصُّغْرَى عَلَى الكُبْرَى»[١] رواه الترمذي وغيره وصححوه، ولما فيه من قطعية الرحم، وإن رضيت بذلك فإن الطبع يتغير، وإليه أشار ﷺ في خبر النهي عن ذلك بقوله: «إِنَّكُمْ إِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَّعْتُمْ أَرْحَامَهُنَّ»[٢] كما رواه ابن حبان وغيره (فإن) خالف و (جمع) بين من يحرم الجمع بينهما كأختين (بعقد بطل) نكاحهما إذ لا أولوية لإحداهما عن الأخرى (أو مرتباً فـ) ـالأوّل صحيح. و (الثاني) باطل؛ لأن الجمع حصل به، هذا إذا علم عين السابق، فإن لم يعلم بطلا، وإن علم ثم اشتبه وجب التوقف كما في نكاح الوليين من اثنين، فإن وطىء الثانية جاهلاً بالحكم استحبّ أن لا يطأ الأولى حتى تنقضي عدّة الموطوءة، وخرج بالرضاع والنسب الجمع بالمصاهرة فجمع المرأة وأمّ زوجها أو بنته من أخرى لا يحرم؛ لأن حرمة الجمع بينهما وإن حصلت بفرض أمّ الزوج ذكراً في الأولى وبفرض بنته ذكراً في الثانية لكن ليس بينهما قرابة ولا رضاع بل مصاهرة، وليس فيها رحم يحذر قطعها. قال الرافعي: وقد يستغنى عن قيد القرابة والرضاع بأن يقال: يحرم الجمع بين كلّ امرأتين أيتهما قدّرت ذكراً حرمت عليه الأخرى، فإن أمّ الزوج وإن حرمت عليها زوجة الابن لو قدّرت ذكراً لكن زوجة الابن لو قدّرت ذكراً لم تحرم عليه الأخرى بل تكون أجنبية عنه اهـ. فإن قيل: يرد على هذا السيدة وأمتها لصدق الضابط بهما مع جواز الجمع بينهما لعبد، وكذا الحرّ إذا تزوّج أمة بشروطه ثم نكح حرّة عليها. أجيب بأن المتبادر بقرينة المقام من التحريم التحريم المؤبد المقتضي لمنع النكاح فتخرج هذه؛ لأن التحريم فيها قد يزول، وبأن السيدة لو فرضت ذكراً حلّ له وطء أمته بالملك، وإن لم يحل له نكاحها ويجوز الجمع بين بنت الرجل وربيبته وبين المرأة وربيبة زوجها من امرأة أخرى وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه إذ لا تحرم المناكحة بتقدير ذكورة إحداهما، ولو اشترى زوجته الأمة جاز له أن يتزوّج أختها وأربعاً سواها؛ لأن ذلك الفراش قد انقطع (ومن حرم جمعهما بنكاح حرم) جمعهما أيضاً (في الوطء بملك) أو ملك ونكاح وإن لم يعلم من كلامه، لأنه إذا حرم العقد فلأن يحرم الوطء أولى؛ لأنه أقوى (لا ملكهما) أي الجمع بينهما في الملك كشراء أختين وامرأة وخالتها فإنه جائز بالإجماع،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٦٥) وانظر نصب الراية ٣/ ١٦٩.
(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ١١/ ٣٣٧.

فَإِنْ وَطِىءَ وَاحِدَةً حَرُمَتِ الأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ الأُولى كَبَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ أَوْ كِتَابَةٍ لَا حَيْضٍ وَإِحْرَامٍ، وَكَذَا رَهْنٌ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ مَلَكَهَا ثُمَّ نَكَحَ أُخْتَهَا أَوْ عَكَسَ حَلَّتِ المَنْكُوحَةُ دُونَهَا، وَلِلْعَبْدِ امْرَأَتَانِ، وَلِلْحُرِّ أَرْبَعٌ فَقَطْ،

ولأنه لا يتعين للوطء، ولهذا يجوز أن يشتري أخته ونحوها بخلاف النكاح **(فإن وطىء)** طائعاً أو مكرهاً **(واحدة)** منهما ولو في الدبر أو مكرهة أو جاهلة **(حرمت الأخرى حتى يحرم الأولى)** بمحرم **(كبيع)** وعتق لكلها أو بعضها **(أو نكاح)** أي تزويجها **(أو كتابة)** صحيحة لئلا يحصل الجمع المنهي عنه، فإن وطىء الثانية قبل تحريم الأولى أثم ولم تحرم الأولى إذ الحرام لا يحرم الحلال لكن يستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرىء الثانية لئلا يجمع الماء في رحم أختين **(لا حيض وإحرام)** وردة فإنها لا تزيل الملك ولا الاستحقاق **(وكذا رهن)** مقبوض **(في الأصحّ)** لأنه يملك الوطء بإذن المرتهن، والثاني: يكفي الرهن كالتزويج، فإن لم يكن قبض لم تحلّ الثانية جزماً، فلو عاد الحلّ بردّ المبيعة وطلاق المنكوحة وعجز المكاتبة، فإن لم يطأ الثانية بعد فله الآن وطء من شاء منهما، وإن كان قد وطئها لم يطأ العائد حتى تحرم الأخرى؛ لأن الثانية في هذه الحالة كالأولى.

تنبيه: يشترط أن تكون كلّ منهما مباحة على انفرادها، فلو كانت إحداهما مجوسية أو نحوها كمحرم فوطئها جاز له وطء الأخرى. نعم لو ملك أمّا وبنتها فوطىء إحداهما حرمت الأخرى مؤبداً كما علم مما مرّ، ولو باع الموطوءة بشرط الخيار. قال الشيخان: فحيث يجوز له وطؤها لا تحلّ له الأخرى، وحيث لا فوجهان: وقال الإمام: الوجه عندي القطع بالحلّ اهـ وهو ظاهر ولو ملك شخص أمة وخنثى أخوين فوطئه جاز له عقبه وطء الأمة، ولو اشترى جاريتين فادّعيا أن بينهما أخوة بالرضاع، ففي فتاوى البغوي للسيد أن يعتمدهما، والاختيار أن لا يجمع بينهما، ولو أقرّت الأمة أن سيدها أخوها من الرضاع لم يقبل بعد التمكين، وفيما قبله وجهان ذكرهما الرافعي في الرضاع، وقياس الزوجة في دعواها ذلك أنها تقبل **(ولو ملكها)** أي الأمة وطئها أم لا **(ثم نكح)** من يحرم الجمع بينها وبينها كأن نكح **(أختها)** الحرّة أو عمتها أو خالتها **(أو عكس)** أي نكح امرأة ثم ملك من يحرم الجمع بينها وبينها كأن ملك أختها **(حلت المنكوحة)** في المسألتين **(دونها)** أي المملوكة، ولو كانت موطوءة؛ لأن فراش النكاح أقوى إذ يتعلق به الطلاق والظهار والإيلاء وغيرها بخلاف الملك، ولا يجامع النكاح حلها لغيره إجماعاً بخلاف الملك فلا يندفع الأقوى بالأضعف بل يدفعه **(و)** يحلّ **(للعبد امرأتان)** فقط لأن الحكم بن عيينة نقل إجماع الصحابة فيه. رواه البيهقي، ولأنه على النصف من الحرّ، ولأن النكاح من باب الفضائل فلم يلحق العبد فيه بالحرّ كما لم يلحق الحرّ بمنصب النبوّة في الزيادة على أربع، والمبعض كالقنّ كما صرّح به أبو حامد والماوردي وغيرهما **(و)** يحلّ **(للحرّ أربع فقط)** لقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]،

ولقوله ﷺ لغيلان وقد أسلم وتحته عشر نسوة: «أَمْسِكْ أَرْبَعاً وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»(١) رواه ابن حبان والحاكم وغيرهما وصححوه، وإذا امتنع في الدوام ففي الابتداء أولى(٢).

فائدة: ذكر ابن عبد السلام أنه كان في شريعة موسى عليه السلام الجواز من غير حصر

(١) أخرجه الشافعي في المسند ٢/١٦ وأحمد في المسند ٢/٤٤ والترمذي ٣/٤٣٥ (١١٢٨) وابن ماجة ١/٦٢٨ (١٩٥٣) وابن حبان كذا في الموارد (١٢٧٧) والدارقطني ٣/٦٩ والحاكم في المستدرك ٢/١٩٢ والبيهقي في السنن ٧/١٨١ ومالك في الموطأ ٢/٥٨٦.

(٢) ذكر العلماء أسباباً كثيرة تصلح في مجموعها أن تكون حكمة داعية إلى التعدد نقتصر منها على ما يأتي:
أولاً: طبيعة الرجل غير طبيعة المرأة من حيث طلب كل منهما للآخر، وبيان ذلك أن داعية النسل في الرجل أقوى منها في المرأة؛ لذلك كان الرجل بطبيعته أكثر طلباً للأنثى منها له، وأنه قلما يوجد رجل عنين لا يطلب النساء بطبعه ولكن يوجد كثير من النساء اللاتي لا يطلبن الرجال بطبيعتهن، ولولا أن المرأة مغرمة بأن تكون محبوبة من الرجل، وكثيرة التفكير في الحظوة عنده لوجد في النساء من الزاهدات في الزواج أضعاف ما يوجد الآن وقد ينازع في هذا السبب، ولكن الأطباء أثبتوا ذلك، وهم أعرف الناس بالفرق بين طبيعة الرجل وطبيعة المرأة والتباين بينهما.
ثانياً: المرأة تكون مستعدة للنسل نصف العمر الطبيعي للإنسان، وهو مائة سنة، وسبب ذلك أن قوة المرأة تضعف عن الحمل بعد الخمسين في الغالب، فينقطع دم حيضها وبيوض التناسل من رحمها، والحكمة ظاهرة في ذلك، فإذا لم يبح للرجل التزوج بأكثر من امرأة واحدة كان نصف عمر الرجال الطبيعي في الأمة معطلاً من النسل الذي هو مقصود الزواج إذا فرض أن الرجل يقترن بمن تساويه في السن، وقد يضيع على بعض الرجال أكثر من خمسين سنة إذا تزوج بمن هي أكبر منه، وعاش العمر الطبيعي كما يضيع على بعضهم أقل من ذلك إذا تزوج بمن هي أصغر منه، وما عساه يطرأ على الرجال من مرض أو هرم عاجل وموت قبل بلوغ السن الطبيعي يطرأ مثله على النساء قبل سن اليأس وقد لاحظ هذا الفرق بعض علماء الإفرنج فقال: لو تركنا رجلاً واحداً مع مائة امرأة سنة واحدة لجاز أن تكون لنا من نسله في السنة الواحدة مائة إنسان، ولو تركنا مائة رجل مع امرأة واحدة سنة كاملة فأكثر ما يمكن أن يكون لنا من نسلهم إنسان واحد، والأرجح أن هذه المرأة لا تنتج أحداً؛ لأن كل واحد من الرجال يفسد حرث الآخر، ومن لاحظ شأن كثرة النسل في سنة الطبيعة وفي حال الأمم يظهر له عظم هذا الفرق.
ثالثاً: الضرورة الاجتماعية تقضي في بعض الأحيان بالتعدد، وذلك أن الشريعة الإسلامية قضت أن تكون المرأة في كفالة الرجل، وأن الرجال قوامون على النساء، فماذا تعمل والنساء قد يكن أكثر عدداً من الرجال؟ ألا ينبغي أن يكون في نظام الاجتماع البشري أن يباح للرجل الواحد كفالة عدة نساء عند الحاجة لا سيما في أعقاب الحروب التي تجتاح الرجال وتدع النساء لا كافل للكثير منهن، ولا نصير.
رابعاً: المرأة غير مستعدة لغشيان الرجال إياها في كل الأوقات، فاكتفاء الرجل والحالة هذه يستلزم أن يكون لطبيعته ميالاً إلى الإفضاء إليها في أيام طويلة هي فيها غير مستعدة لقبوله. أظهرها أيام الحيض والإثقال بالحمل والنفاس، وأقلها ظهوراً أيام الرضاعة لا سيما الأولى والأخيرة من أيام طهرها..
ضم إلى هذا أن الإسلام ظهر في أمة كانت تعرف التعدد إلى غير حد محدود، ونظرة فيما سلف من تاريخ الأمة العربية قبل الإسلام تجد أن تعدد الزوجات لم يكن محدوداً بعدد، ولا مقيداً بشرط. وكان اختلاف عدة رجال إلى امرأة واحدة يعد من الزنا المذموم، وكان الزنا على كثرته يكاد يكون خاصاً بالإماء، وقلما يأتيه الحرائر إلا أن يأذن الرجل امرأته أن تبتضع من رجل يصحبها ابتغاء نجابة الولد، والزنا لم يكن شيئاً ولا عاراً صدوره من الرجل، وإنما كان يعاب من حرائر النساء، وقد حظر الإسلام الزنا على الرجال والنساء جميعاً حتى الإماء، وكان يصعب جداً على الرجال قبول الإسلام والعمل به مع هذا الحجر بدون إباحة تعدد

فَإِنْ نَكَحَ خَمْساً مَعاً بَطَلْنَ أَوْ

تغليباً لمصلحة الرجال، وفي شريعة عيسى عليه السلام لا يجوز غير واحدة تغليباً لمصلحة النساء، وراعت شريعة نبينا محمد ﷺ وعلى سائر الأنبياء مصلحة النوعين، وقد تتعين الواحدة للحرّ، وذلك في كلّ نكاح توقف على الحاجة كالسفيه والمجنون والحرّ الناكح الأمة. وقال بعض الخوارج: الآية تدلّ على جواز تسع مثنى باثنين، وثلاث بثلاث، ورباع بأربع، ومجموع ذلك تسع، وبعض منهم تدلّ على ثمانية عشر مثنى اثنين اثنين، وثلاث ثلاثة ثلاثة، ورباع أربعة أربعة، ومجموع ذلك ما ذكر، وهذا خرق للإجماع (**فإن نكح**) الحرّ (**خمساً**) مثلاً (**معاً**) أي بعقد، وهو منصوب على الحال أو العبد ثلاثاً كذلك (**بطلن**) إذ ليس إبطال نكاح واحدة بأولى من الأخرى فبطل الجميع كما لو جمع بين الأختين، ويستثنى ما لو كان فيهنّ أو في ستّ للحرّ وأربع للرقيق أختان مثلاً فإنه يبطل فيهما، ويصحّ في الباقي عملاً بتفريق الصفقة، وإنما بطل فيهما معاً؛ لأنه لا يمكن الجمع بينهما، ولا أولوية لإحداهما على الأخرى، فإن كانتا في أكثر من ذلك كأن كانتا في سبع للحرّ أو خمس للعبد بطل الجميع، وفي معنى الأختين ما لو كان فيهنّ من لا تحلّ له كمحرمة وملاعنة وثنية ومجوسية (**أو**) نكحهنّ

= الزوجات، ولولا ذلك لاستبيح الزنا كما هو في بلاد الإفرنج، وبالجملة فإن للشريعة الإسلامية في إباحة تعدد الزوجات بشرطها نظراً أخلاقياً وعمرانياً، وهو أن عدد النساء أكثر من عدد الرجال مطلقاً. قد ينازع في هذه الزيادة، ولكن ثبت في الإحصاء الإنجليزي الأخير تأليف «بيهم، وداكر» زيادة عدد النساء عن الرجال في أوربا وغيرها، وهو آخر إحصاء معروف حتى الآن وذلك لأن الرجال معرضون للحروب والمشاق كما قلنا سابقاً، وفي الشريعة الإسلامية ما يشير إلى زيادة عدد النساء على الرجال، فقد روى البخاري عن أنس ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: لأحدثنكم حديثاً لا يحدثكم أحد بعدي: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن من أشراط الساعة أن يقل العلم، ويظهر الجهل، ويظهر الزنا، ويقل الرجال حتى يكون لخمسين امرأة القيم الواحد» فلو قصرنا على هذا كل رجل على امرأة واحدة لبقي عدد من النساء بلا أزواج، وهؤلاء بحكم الطبيعة ميالون لقضاء الشهوة، فلو لم يوجد لهن أزواج لفتحنا باباً واسعاً يدخل فيه هؤلاء المحرومات من الزوجية، ويجنين على أعراضهن بالبغاء، إما لكسب نفقة أو قضاء شهوة، ومتى حصل ذلك كما هو شائع الآن في أوربا، وخصوصاً في فرنسا يكتفي الرجال بهؤلاء البغيات، فلا يميلون إلى الزواج تخلصاً من حقوق الزوجية، فيكثر من ليس لهن أزواج، وفي ذلك تقليل النسل الذي فيه خراب العمران وفساد الكون..

نقول: نتج من هنا أن هناك حالاً تعتري الأمم لا يكون لها من وسيلة لحفظ دائرتها من التلاشي إلا تعدد الزوجات، وهذه الوسيلة من الوسائل الطبيعية التي خلقها الله في الكون، وألزم الأمة المعرضة للفناء بالعمل بها، فكيف يخلق الله في الأمم حالاً ويلهمها الوسيلة لتلافي أخطاره ثم لا يبيح تلك الوسيلة على ألسنة رسله؟! كلا إن خالق الكون هو موحي القرآن، وقد تطابق قوله وخلقه، فلا عجب بعد هذا أن يكون الإسلام مبيحاً لتعدد الزوجات، بل العجب ألا يكون قد أباحه مع أن الدين الإسلامي دين عام لسائر الأمم وسائر الأجيال، ولعل في هذا مزدجراً لبعض المسلمين الذين رق دينهم، وضعف يقينهم، وحسبوا أن الغرض من تعدد الزوجات إنما هو مجرد التمتع الحيواني وقضاء الشهوة البهيمية، لذلك تراهم في كل واد يهيمون منادين بإلغاء تعدد الزوجات، ﴿فالله خير حافظ وهو أرحم الراحمين﴾.

مُرَتَّباً فَالخَامِسَةُ، وَتَحِلُّ الأُخْتُ، وَالخَامِسَةُ في عِدَّةِ بَائِنٍ لاَ رَجْعِيَّةٍ، وَإِذَا طَلَّقَ الحُرُّ ثَلاَثاً أَوِ الْعَبْدُ طَلْقَتَيْنِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ، وَتَغِيبَ بِقُبُلِهَا حَشَفَتُهُ أَوْ قَدْرُهَا، بِشَرْطِ الاِنْتِشَارِ،

(**مرتباً، فالخامسة**) للحرّ، والثالثة: للعبد بطل نكاحها؛ لأن الزيادة على العدد الشرعي حصل بها.

فرع: لو عقد على ستّ على ثلاث معاً وثنتين معاً وواحدة وجهل السابق من العقود فنكاح الواحدة صحيح بكل تقدير؛ لأنها لا تقع إلا أولى أو ثالثة أو رابعة، فإنها لو تأخرت عن العقدين كان ثانيهما باطلاً فيصح نكاحها. قال ابن الحدّاد: ونكاح الباقيات باطل؛ لأن كلاً من عقدي الفريقين يحتمل كونه متأخراً عن الآخر فيبطل، والأصل عدم الصحة، وغلطه الشيخ أبو عليّ، فقال: أحد العقدين صحيح، وهو السابق منهما، ولا تعرف عينه، فيتوقف نكاح الخمس، ويؤاخذ الزوج بنفقتهنّ مدّة التوقف؛ لأنهنّ محبوسات لأجله ويسئل عن البيان، وقول ابن الحدّاد كما قال ابن المقري: هو قياس ما سبق من أنه إذا وقع على امرأة عقدان وجهل السابق منهما بطل العقدان، وهنا قد أشكل السابق منهما، وإلى هذا أشار الاسنوي في المهمات، وهذا هو المعتمد وإن فرّق بعضهم بأن المعقود عليه ثمّ واحدة والزوج متعدّد ولم يعهد جوازه أصلاً بل ممنوع منه، وهنا بالعكس وقد عهد جوازه، فاغتفر فيه ما لم يغتفر في ذلك (**وتحلّ الأخت**) ونحوها كالعمة (**و**) الزائدة (**الخامسة**) أو غيرها (**في عدّة بائن**) لأنها أجنبية منه (**لا رجعية**) لأنها في حكم الزوجة، فلا تحلّ له حتى تنقضي عدّتها، وفي معناها المتخلفة عن الإسلام والمرتدّة بعد الدخول بهما ما بقيت العدّة، ولو ادّعى أنها أخبرته بانقضاء عدّتها وأنكرت وأمكن انقضاؤها فله نكاح أختها وأربع سواها لزعمه انقضاءها، ولا يقبل في إسقاط نفقتها ولو وطئها حدّ لما ذكر أو طلقها لم يقع لذلك (**وإذا طلق الحرّ ثلاثاً**) سواء أوقعهنّ معاً أم لا، معلقاً كان ذلك أم لا، قبل الدخول أم لا (**أو العبد**) أو المبعض (**طلقتين**) كذلك (**لم تحلّ له حتى تنكح**) زوجاً غيره ولو عبداً أو مجنوناً (**وتغيب بقبلها**) لا في غيره كدبرها كما لا يحصل به التحصين (**حشفته**) ولو كان عليها حائل كأن لفّ عليها خرقة فإنه يكفي تغييبها كما يكفي في تحصينها (**أو قدرها**) من فاقدها، سواء أولج هو أم نزلت عليه في يقظة أو نوم أو أولج فيها وهي نائمة، ومعلوم أنه لا بدّ أن يطلقها وتنقضي عدّتها كما صرّح به في المحرّر، وأسقطه المصنف لوضوحه، والتقييد بالقبل من زيادته. قال الإمام: والمعتبر الحشفة التي كانت لهذا العضو المخصوص (**بشرط الانتشار**) للآلة وإن ضعف الانتشار واستعان بأصبعه أو أصبعها ليحصل ذوق العسيلة الآتي في الخبر، بخلاف ما لم ينتشر لشلل أو عنة أو غيرهما، فالمعتبر الانتشار بالفعل لا بالقوّة على الأصح كما أفهمه كلام الأكثرين، وصرّح به الشيخ أبو حامد وصاحبا المهذب والبيان وغيرهم، حتى لو أدخل السليم ذكره بأصبعه بلا انتشار لم يحلّ

وَصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَكَوْنِهِ مِمَّنْ يُمْكِنُ جِمَاعُهُ لَا طِفْلاً عَلَى الْمَذْهَبِ فِيهِنَّ، وَلَوْ نَكَحَ بِشَرْطِ إِذَا وَطِىءَ طَلَّقَ أَوْ بَانَتْ أَوْ فَلَا نِكَاحَ بَطَلَ،

كالطفل، فما قيل: إن الانتشار بالفعل لم يقل به أحد ممنوع كما قاله شيخنا **(و)** لا بدّ أيضاً من **(صحة النكاح)** فلا يحلل الوطء في النكاح الفاسد ولا ملك اليمين ولا وطء الشبهة لأنه تعالى علق الحل بالنكاح، وهو إنما يتناول النكاح الصحيح بدليل ما لو حلف لا ينكح لا يحنث بما ذكر **(وكونه)** أي الزوج **(ممن يمكن جماعه، لا طفلا)** لا يتأتى منه ذلك أو يتأتى منه وهو رقيق؛ لأن نكاحه إنما يتأتى بالإجبار، وقد مرّ أنه ممتنع **(على المذهب فيهنّ)** وفي وجه قول قطع الجمهور بخلافه أنه يحصل التحليل بلا انتشار لشلل أو غيره لحصول صورة الوطء وأحكامه وأنكره بعضهم ويكفي الوطء في النكاح الفاسد؛ لأن اسم النكاح يتناوله، وفي وجه نقل الإمام اتفاق الأصحاب على خلافه أن الطفل الذي لا يتأتى منه الجماع يحلل، وإنما حرمت عليه إلى أن تتحل تنفيراً من الطلاق الثلاث ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٠] أي الثالثة: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَه﴾ [البقرة: ٢٣٠] مع خبر الصحيحين عن عائشة رضي الله تعالى عنها: «جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ، فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبتّ طلاقي فتزوّجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإن ما معه مثل هدبة الثوب، فقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لَا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقُ عُسَيْلَتَكِ» والمراد بها عند اللغويين: اللذة الحاصلة بالوطء، وعند الشافعي وجمهور الفقهاء الوطء نفسه، سمي بذلك تشبيهاً له بالعسل بجامع اللذة، وقيس بالحرّ غيره بجامع استيفاء ما يملكه من الطلاق.

تنبيه: قوله: لا طفلاً قد يفهم أنه لا يشترط في الزوجة ذلك، بل وطؤها محلل وإن كانت طفلة لا يمكن جماعها وبه صرّح في أصل الرّوضة، وجزم في الذخائر بالمنع كالطفل، ونقله الأذرعي من نصّ الشافعي وصوّبه، والمعنى يدفعه؛ لأن القصد بذلك التنفير كما مرّ، وهو حاصل بذلك، بخلاف غيبوبة حشفة الطفل، ويكفي وطء محرم بنسك وخصيّ ولو كان صائماً أو كانت حائضاً أو صائمة أو مظاهراً منها أو معتدّة من شبهة وقعت في نكاح المحلل أو محرمة بنسك لأنه وطء زوج في نكاح صحيح، ولا يكفي جماع رجعية وإن راجعها، ولا معتدّة لردّة منه أو منها وإن أسلم المرتدّ في العدّة، وتتصوّر العدّة بلا وطء بأن استدخلت ماءه ثم طلقها أو استدخلته ثم ارتدّت ثم وطئها، فهذا الوطء لا يحلل لوجوده في حال ضعف النكاح. ويشترط في تحليل البكر الافتضاض كما نقلاه وأقرّاه. وحكى عن النصّ وإن أوّله بعضهم، وتحلّ كتابية لمسلم بوطء مجوسي ووثني في نكاح نقرّهم عليه عند ترافعهم إلينا **(ولو نكح)** الزوج الثاني **(بشرط)** أنه **(إذا وطىء طلق)**ـها قبل الوطء أو بعده **(أو بانت)** منه **(أو فلا نكاح)** بينهما وشرط ذلك في صلب العقد **(بطل)** أي لم يصح النكاح؛ لأنه شرط يمنع دوام النكاح فأشبه التأقيت، فإن تواطأ العاقدان على شيء من ذلك قبل العقد ثم عقدا بذلك القصد بلا شرط كره خروجاً

وَفِي التَّطْلِيقِ قَوْلٌ.

فَصْلٌ

لَا يَنْكِحُ مَنْ يَمْلِكُهَا أَوْ بَعْضَهَا، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا بَطَلَ نِكَاحُهُ، وَلَا تَنْكِحُ مَنْ تَمْلِكُهُ أَوْ بَعْضَهُ،

من خلاف من أبطله، ولأن كل ما لو صرّح به أبطل إذا أضمر كره، ومثله لو تزوّجها بلا شرط وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها، ولو تزوّجها على أن يحللها للأول صح كما جزم به الماوردي؛ لأنه لم يشرط الفرقة بل شرط مقتضى العقد، فإن نكحها بشرط أن لا يطأها أو لا يطأها إلا نهاراً أو إلا مرّة مثلاً بطل النكاح أي لم يصح إن كان الشرط من جهتها لمنافاته مقصود العقد، فإن وقع الشرط منه لم يضرّ؛ لأن الوطء حق له فله تركه، والتمكن حق عليها فليس لها تركه، وللرافعي هنا إشكال ذكرته مع جوابه في شرح التنبيه **(وفي التطليق قول)** إن شرطه لا يبطل، ولكن يبطل الشرط والمسمى، ويجب مهر المثل، ولو تزوجها على أن لا تحل له لم يصح؛ لإخلاله بمقصود العقد وللتناقض، أو على أنه لا يملك البضع وأراد الاستمتاع فكشرط أن لا يطأها، وإن أراد ملك العين لم يضرّ؛ لأنه تصريح بمقتضى العقد.

تتمة: يقبل قول المطلقة ثلاثاً في التحليل بيمينها عند الإمكان وإن أكذبها الثاني من وطئه لها؛ لأنها مؤتمنة على فرجها، والوطء مما يعسر إقامة البينة عليه. نعم إن حلف الثاني أنه لم يطأ لم يلزمه إلا نصف المهر فقط، ويقبل قولها أيضاً بيمينها عند الإمكان في انقضاء عدّتها، وللأول تزويجها وإن ظنّ كذبها، لكن يكره. فإن قال: هي كاذبة منع من تزويجها إلا إن قال بعده تبين لي صدقها، ولو حرمت عليه زوجته الأمة بإزالة ما يملكه عليها من الطلاق ثم اشتراها قبل التحليل لم يحلّ له وطؤها لظاهر القرآن.

فَصْلٌ

فيما يمنع النكاح من الرقّ **(لا ينكح)** الرجل **(من يملكها)** كلها **(أو بعضها)** ولو مستولدة ومكاتبة لتناقض أحكام الملك والنكاح، إذ الملك لا يوجب القسم ولا يقتضي الطلاق ونحوه بخلاف النكاح، وعند التناقض يثبت الأقوى ويسقط الأضعف، وملك اليمين أقوى **(و)** على هذا **(لو ملك زوجته أو بعضها)** ملكاً تاماً **(بطل نكاحه)** أي انفسخ لما مرّ من أن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح؛ لأنه يملك به الرقبة والمنفعة والنكاح لا يملك به إلا ضرب من المنفعة، وهذا بخلاف ما لو استأجر عيناً ثم ملكها فإن الإجارة لا تنفسخ على الأصح؛ لأنه لا مناقضة بين ملك العين والمنفعة **(ولا تنكح)** المرأة **(من تملكه)** كله **(أو بعضه)** لتضادّ الأحكام

وَلَا الحُرُّ أَمـةَ غَيْرِهِ إِلَّا بِشُـرُوطٍ: أَنْ لَا يَكُونَ تَحْتَـهُ حُـرَّةٌ تَصْلُحُ لِـلِاسْتِمْتَاعِ، قِيـلَ وَلَا غَيْـرُ صَـالِحَـةٍ، وَأَنْ يَعْجِـزَ عَنْ حُـرَّةٍ تَصْلُحُ،

أيضاً، وعلى هذا لو ملكت زوجها أو بعضه ملكاً تاماً انفسخ النكاح؛ لأنهـا تطالبـه بالسفـر إلى الشرق؛ لأنه عبدها وهو يطالبها بالسفـر معه إلى الغـرب لأنها زوجتـه، وإذا دعاهـا إلى الفراش بحق النكاح بعثته في أشغالها بحق الملك، وإذا تعذر الجمع رفع الأقوى الأضعف كمـا تقدّم. أما إذا لم يكن الملك تاماً، بأن ابتاعها بشـرط الخيار ثم فسـخ لم ينفسخ نكـاحه كمـا نقله في المجمـوع عن قول الـرّوياني أنـه ظاهـر المذهب، ومثله مـا لو ابتـاعته كـذلـك، فكـان ينبغي للمصنف أن يقيد بالتامّ كما قدّرته لتخرج هذه الصورة **(ولا)** ينكح **(الحرّ أمة غيـره إلا بشروط)** أربعة: ثلاثـة في الناكـح، وواحد في الأمـة، وهو يعمّ الحـرّ وغيره، ويختصّ بـالمسلم. أحد الثـلاثة **(أن لا يكـون تحته حـرّة)** ولو كـانت كتابيـة، والتقييد بـالمؤمنة في الآيـة خرج مخـرج الغالب، ثم وصف الحرّة بكونها **(تصلح لـلاستمتاع)** بهـا؛ لأنه حينئـذ لم يخش العنت، ولأن وجودها أعظم من استطاعة طولها، واستطاعة الطول وعدم خشية العنت مانعان من نكاح الأمة، فهذا الشرط مع شرط خوف الزنا متحدان؛ لأن من كان تحته تصلح للاستمتاع أمن من العنت، ولأنه إذا كان الأمن من العنت بلا وجود حرّة مانعاً فلأن يكون مع وجودها أولى، فلا حاجـة إلى هذا الشرط، ولعله إنما ذكره لأجـل قولـه: **(قيل ولا غيـر صالحـة)** للاستمتـاع بها كـأن تكون صغيرة لا تحتمل الوطء أو قرناء أو رتقاء لإطلاق النهي في خبر: «نهى رسـول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرّة» رواه البيهقي عن الحسن مرسلاً، والأوّل يحمله على حرّة تصلح للاستمتاع.

تنبيه: جعل في المحرّر الوجـه الثاني أحـوط، ففهم المصنف منه أن مقـابله أصح، ولم يصرحا في الشـرحين والروضـة بترجيـح، لكن من نقل عنـه الجواز أكثـر. قال في المهمـات: فتصحيـح الكتاب الجـواز من غير تمييـز عجيب. وقال الغـزي: الظاهـر أن المحرر إنمـا أشار بقـوله: الأحـوط إلى ترجيحـه، وكيف يقتصر في كتـاب التزم فيـه التنصيص على مـا صححـه المعظم على ضعيف من غير ذكر مقابله اهـ، والأوجه ما فهمه المصنف، والتعبير بالحرة أيضـاً جـرى على الغالب فـإنه لـو كان تحتـه أمة تصلح لـلاستمتاع كـان الحكم كذلـك، فإن الحـرة والرقيقة في ذلك سواء، فلو عبـر المصنف بالمنكـوحة لشملهـا. وقد علم من ذلـك أن الحر لا ينكح أمتين، ودخل في قوله: أمة غيره أمة ولده ومكاتبه، وليس مراداً، فليس له نكاح أمة ولـده بناء على وجوب الإعفاف إلا أن يكون ولده معسراً. وأما أمة مكاتبه فيمتنع عليه نكاحها مطلقاً، وكذا الأمة الموقوفة عليه أو الموصى له بخدمتها، وخرج بالحـر: العبد ولـو مبعضاً، فيجـوز له نكـاح الأمة مـطلقاً كمـا سيأتي **(و)** ثـاني الشـروط **(أن يعجـز عن حـرة)** ولـو كتـابيـة **(تصلح)** للاستمتاع لفقدها أو فقـد صداقهـا أو لـم ترض إلا بـزيادة على مهـر مثلها أو لـم تـرض بنكاحـه لقصور نسبه ونحوه.

قِيلَ أَوْ لَا تَصْلُحُ، فَلَوْ قَدَرَ عَلَى غَائِبَةٍ حَلَّتْ لَهُ أَمَةٌ إِنْ لَحِقَهُ مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ فِي قَصْدِهَا أَوْ خَافَ زِنًا مُدَّتَهُ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً بِمُؤَجَّلٍ أَوْ بِدُونِ مَهْرِ مِثْلٍ فَالْأَصَحُّ حِلُّ أَمَةٍ فِي الْأُولَى، دُونَ الثَّانِيَةِ،

تنبيه: جعل العجز عن الحرة دون صداقها ليشمل ما لو وجده ولم يجد خلية من زوج فإنه لا يجوز له نكاح الأمة، ويستثنى من جواز تزويج الأمة إذا لم ترض الحرة إلا بزيادة على مهر مثلها ما لو وجد أمة وحرة وكان صداق الأمة التي لا يرضى سيدها إلا به أكثر من مهر مثل الحرة الموجودة ولم ترض الحرة أيضاً إلا بما طلب سيد الأمة، فمقتضى نصّ الشافعي رضي الله عنه أنه لا يجوز له نكاح الأمة في هذه الحالة لقدرته على أن ينكح بصداقها حرّة وإن كان أكثر من مهر الحرّة، وجملة: تصلح صفة حرّة أي تصلح تلك الحرّة للاستمتاع بها في الأصح (**قيل أو لا تصلح**) له كصغيرة، وأحال في المحرّر الخلاف هنا على الخلاف السابق، وقد علمت ما فيه، لكن صححا في الرّوضة والشرح الصغير هنا اشتراط صلاحيتها (**فلو قدر على**) حرّة (**غائبة**) عن بلده (**حلّت له أمة إن لحقه مشقة ظاهرة في قصدها**) وضبط الإمام المشقة بأن ينسب متحملها في طلب الزوجة إلى الإسراف ومجاوزة الحدّ (**أو خاف زنا مدّته**) أي قصد الحرّة، وكذا لو كان له زوجة غائبة ووجد شيء مما ذكر كما أفاده شيخي، فإن لم يخف شيئاً من ذلك لم تحل له الأمة، ويجب السفر للحرّة، ومحله كما قال الزركشي: إذا أمكن انتقالها معه إلى وطنه وإلا فهي كالمعدومة لما في تكليفه المقام معها هناك من التغرّب، والرّخص لا تحتمل هذا التضييق، ولو قدر على حرّة ببيع مسكنه أو خادمه حلت الأمة في الأصح في زيادة الروضة. ثم قال بعد ذلك: ولو كان في ملكه أمة غير مباحة، فإن وفت قيمتها بمهر حرة أو ثمن أمة يتسرى بها لم ينكح الأمة وإلا فينكحها، وحمل هذا على ما إذا كان لا يحتاج إليها للخدمة كما قال القاضي حسين، ولا يمنع ماله الغائب نكاحه الأمة كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة (**ولو وجد حرة**) ترضى (**بمؤجل**) ولم يجد المهر وهو يتوقع القدرة عليه عند المحلّ (**أو بدون مهر المثل**) وهو واجده (**فالأصحّ حلّ أمة**) واحدة (**في**) الصورة (**الأولى**) لأن ذمّته تصير مشغولة في الحال، وقد لا يصدق رجاؤه عند توجه الطلب عليه، والثاني: لا للقدرة على نكاح حرّة، ويجريان فيما لو وجد من يبيعه شيئاً بنسيئة، وهو قدر مهرها، أو من يستأجره بأجرة معجلة وهو ممن يليق به ذلك، أو وجد من يقرضه، أو من يهب له مالاً أو أمة. فإن قيل: قد صحح المصنف في التيمم وجوب شراء الماء بمؤجل بأجل يمتد إلى وصوله بلد ماله ورضاها بالمؤجل أولى من رضا رب الماء بتأجيل ثمنه لأن الزوجة تمهر غالباً بالمهر الحالّ بخلاف رب الدين، أجيب بأن في الزوجة كلفة أخرى وهي النفقة والكسوة فإنهما يجبان بمجرّد عرضها عليه والفرض أنه معسر في الحال بخلاف ثمن الماء (**دون**) الصورة (**الثانية**) لقدرته على نكاح حرة. والثاني: لا لما فيه من المنة. وأجاب الأوّل بأن المنة فيه قليلة لجريان

وَأَنْ يَخَافَ زِناً، فَلَوْ أَمْكَنَهُ تَسَرٍّ فَلاَ خَوْفَ فِي الأَصَحِّ، وَإِسْلاَمُهَا وَتَحِلُّ لِحُرٍّ وَعَبْدٍ كِتَابِيَّيْنِ

العادة بالمسامحة في المهور، ولو رضيت حرة بلا مهر حلت له الأمة أيضاً في الأصح لوجوب مهرها بالوطء، ولأن لها أن تطالبه بالفرض في الحال فتشتغل ذمته ولا قدرة له، ولو كان له ولد موسر لم تحلّ له الأمة؛ لأنه مستغن بمال ولده لوجوب إعفافه عليه (و) ثالث الشروط (أن **يخاف زنا**) بأن تغلب شهوته وتضعف تقواه وإن لم يغلب على ظنه وقوع الزنا أو قويت شهوته لا على ندور فمن ضعفت شهوته وله تقوى أو مروءة أو حياءً يستقبح معه الزنا، أو قويت شهوته وتقواه لم تحلّ له الأمة؛ لأنه لا يخاف الزنا فلا يجوز أن يرق ولده لقضاء وطر أو كسر شهوة. وأصل العنت المشقة، سمي به الزنا لأنه سببها بالحدّ في الدنيا والعقوبة في الأخرى. والأصل فيما ذكر قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ العَنَتَ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] والطول السعة، والمراد بالمحصنات الحرائر. قال الروياني: وبالعَنت عمومه لا خصوصه حتى لو خاف العنت من أمة بعينها لقوّة ميله إليها وحبه لها فليس له أن يتزوّجها إذا كان واجداً للطول؛ لأن العشق لا معنى لاعتباره هنا؛ لأن هذا تهييج من البطالة وإطالة الفكر، وكم من إنسان ابتلى به وسلاه.

تنبيه: لو حذف الروياني: واجداً للطول كان أولى؛ لأنه يقتضي جواز نكاحها عند فقد الطول فيفوت اعتبار عموم العنت، مع أن وجود الطول كاف في المنع من نكاحها، وهذا الشرط يقتضي أن المجبوب ذكره لا يحلّ له نكاح الأمة مطلقاً، وهو كذلك، إذ لا يتصوّر منه الزنا وإن قال الروياني: له وللخصي ذلك عند خوف الوقوع في المؤثم. وقال ابن عبد السلام: ينبغي جوازه للممسوح مطلقاً؛ لانتفاء محذور رق الولد، ولو وجدت الأمة زوجها مجبوباً وأرادت الفسخ وادّعى الزوج حدوث الجب بعد النكاح وأمكن حكم بصحة نكاحه وإن كذبته؛ لأن مقتضى قولها بطلان النكاح من أصله وإن لم يمكن حدوثه بأن كان الموضع مندملاً وقد عقد النكاح أمس حكم ببطلان النكاح (**فلو أمكنه**) أي من خاف زنا (**تسرّ**) بأمة صالحة للاستمتاع بأن كانت في ملكه، أو أمكنه شراؤها بثمن مثلها وكان ما معه من المال لا يكفي للتزوّج بل للتسرّي (**فلا خوف**) حينئذ من الزنا قطعاً فلا ينكح الأمة (**في الأصح**) لأمنه العنت مع وجودها فلا ضرورة به إلى إرقاق ولده. والثاني: تحلّ له؛ لأنها دون الحرّة، ولو قال المصنف كالمحرر لم ينكح الأمة كما قدّرته في كلامه كان أولى، فإن الخلاف في ذلك لا في الخوف للقطع بانتفائه (و) رابع الشروط (**إسلامها**) أي الأمة التي ينكحها الحرّ، فلا يحلّ لمسلم نكاح الأمة الكتابية وإن كانت لمسلم لقوله تعالى: ﴿مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] ولأنه اجتمع فيها نقصان لكل منهما أثر في منع النكاح وهما الكفر والرق كما أنه لا يجوز له نكاح الحرّة المجوسية لاجتماع نقصي الكافر وعدم الكتاب.

تنبيه: سكوته عن اعتبار إسلام سيدها يفهم أنه ليس بشرط وهو الأصح لحصول الإسلام في المنكوحة. والثاني المنع لما فيه من إرقاق الولد المسلم لكافر (**وتحلّ لحرّ وعبد كتابيين**

أَمَةُ كِتَابِيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ ، لَا لِعَبْدٍ مُسْلِمٍ فِي الْمَشْهُورِ، وَمَنْ بَعْضُهَا رَقِيقٌ كَرَقِيقَةٍ، وَلَوْ نَكَحَ حُرٌّ أَمَةً بِشَرْطِهِ ثُمَّ، أَيْسَرَ أَوْ نَكَحَ حُرَّةً لَمْ تَنْفَسِخِ الْأَمَةُ، وَلَوْ جَمَعَ مَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ الْأَمَةُ حُرَّةً وَأَمَةً بِعَقْدٍ بَطَلَتِ الْأَمَةُ، لَا الْحُرَّةُ فِي الْأَظْهَرِ.

أمة كتابية على الصحيح) لاستوائهما في الدين، والثاني المنع كما لا ينكحها الحرّ المسلم.

تنبيه: لم يصرّح الشيخان في الحر الكتابي باشتراط خوف العنت وفقد طول الحرّة، والذي فهمه السبكي وغيره اشتراطهما كالمسلم؛ لأنهم جعلوه مثله إلا في نكاح الأمة الكتابية، وهذا هو الظاهر وإن قال البلقيني: والذي اعتقده أن الشروط إنما تعتبر في حق المؤمنين الأحرار. قال في الروضة: ونكاح الحر المجوسي أو الوثني الأمة المجوسية أو الوثنية كنكاح الكتابيّ الكتابية، وصورة المسألة إذا طلبوا من قاضينا ذلك وإلا فنكاح الكفار صحيح قاله شارح التعجيز **(لا)** أمة كتابية **(لعبد مسلم)** فلا تحل له **(في المشهور)** لأن المانع من نكاحها كفرها فساوى الحر كالمرتدة والمجوسية. والثاني: له نكاحها لتساويهما في الرق، وتقدم أنه يشترط في نكاح الأمة أن لا تكون موقوفة على الناكح ولا موصى له بخدمتها **(ومن بعضهارقيق)** وباقيها حر حكمه **(كرقيقة)** كلها فلا ينكحها الحر إلا بالشروط السابقة لأن إرقاق بعض الولد محذور.

تنبيه: إطلاقه يفهم أنه لو قدر على مبعضة حلت له الأمة، وفيه تردّد للإمام لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله، وعلى تعليل المنع اقتصر في أصل الروضة وهو الراجح كما قاله الزركشي؛ لأن تخفيف الرق مطلوب، والشارع متشوّف للحرّية، وهذا مبنيّ على أن ولد المبعضة ينعقد مبعضاً وهو الراجح أيضاً. أما إذا قلنا ينعقد حراً كما رجحه الرافعي في بعض المواضع امتنع نكاح الأمة قطعاً، ويؤخذ من هذا أنه لو أوصى بأولاد أمته لآخر ثم مات وأعتقها الوارث أنها كالأمة فلا بد فيها من الشروط لرقّ أولادها. نعم الممسوح له أن يتزوّج بها، نبه على ذلك شيخي، وكذا من أوصى له بأولادها فإنهم يعتقون عليه. ومن بعضه رقيق كالرقيق فينكح الأمة مع القدرة على الحرة، كما أن المبعضة كالأمة كما نقل الإمام الاتفاق عليه، ثم أشار المصنف رحمه الله تعالى إلى فرع من قاعدة يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء فقال **(ولو نكح حرّ أمة بشرطه)** أي شروط نكاح الأمة **(ثم أيسر)** ولم ينكح **(أو نكح حرة)** بعد يساره **(لم تنفسخ الأمة)** أي نكاحها لقوّة الدوام ولهذا الإحرام العدّة والردّة تمنع ابتداء النكاح دون دوامه **(ولو جمع من)** أي شخص **(لا تحلّ له الأمة)** بأن لم توجد فيه شروط نكاحها السابقة **(حرة وأمة بعقد)** كأن يقول لمن قال له زوّجتك بنتي وأمتي قبلت نكاحهما **(بطلت الأمة)** أي نكاحها قطعاً؛ لأن شرط نكاحها فقد الحرة **(لا الحرّة في الأظهر)** من قول تفريق الصفقة، وخرج بقوله: بعقد ما لو قال: زوّجتك بنتي بألف وزوّجتك أمتي بمائة فقبل البنت ثم الأمة، أو قبل البنت فقط صحت البنت جزماً في الصورتين، ولو قدّمت الأمة في تفصيلهما إيجاباً وقبولاً صح نكاح

فَصْلٌ

يَحْرُمُ

البنت، وكذا الأمة فيمن يحلّ له نكاحها إن قبل الحرة بعد صحة نكاح الأمة، ولو فصل الولي الإيجاب وجمع الزوج القبول أو عكسه فكتفصيلهما في الأصح. أما لو جمعهما من يحل له نكاح الأمة بعقد كأن رضيت الحرة بتأجيل المهر فإنه يبطل في الأمة قطعاً أيضاً؛ لأنها لا تقارن الحرة كما لا تدخل عليها ولاستغنائه عنها. وأما الحرة ففيها طريقان: أرجحهما في الشرح الصغير أنه على قولين. والثاني: القطع بالبطلان؛ لأنه جمع بين امرأتين ويجوز إفراد كل منهما، ولا يجوز الجمع بينهما فكانتا كالأختين، وفرق الأوّل بأن نكاح الحرة أقوى من نكاح الأمة، والأختان ليس فيهما أقوى، وقد علم مما تقرر أن الخلاف فيمن تحل له وغيره فيمن لا تحل له، فقيده المصنف بمن لا تحل له لذلك، وأيضاً من تحل له إن كان غير حر صح نكاحهما وإلا فكالحرة، والمفهوم إذا كان فيه تفصيل لا يردّ، ويؤخذ من الفرق المذكور أنه لو جمع من لا تحل له الأمة في عقد بين أختين إحداهما حرة والأخرى أمة أنه يصح في الحرة دون الأمة، وهو كما قال بعض شراح الكتاب ظاهر، ولو جمع بين مسلمة ومجوسية أو نحوها صح في المسلمة بمهر المثل، وكذا لو جمع بين أجنبية ومحرم، أو خلية ومعتدّة، أو مزوّجة. قال في الروضة: ولو نكح أمتين في عقد بطل نكاحهما قطعاً كالأختين.

تتمة: ولد الأمة المنكوحة رقيق لمالكها تبعاً لها وإن كان زوجها الحرّ عربياً، وكذا لو كان من شبهة لا تقتضي حرية الولد أو من زنا، ولو تزوّج بأم ولد الغير فولده منها كالأم ولو ظنّ أن ولد المستولدة يكون حراً فيكون حراً كما في الأنوار، وتلزمه القيمة للسيد.

فَصْلٌ

في نكاح من تحل ومن لا تحل من الكافرات وما يذكر معه، وهنّ ثلاث فرق: الأولى: من لا كتاب لها ولا شبهة كتاب كعابدة شمس أو صورة كصنم، وكذا المعتقدة لمذهب الإباحة كما في الروضة، وكل مذهب يكفر معتقده. الثانية: من لها شبهة كتاب كمجوسية. الثالثة: من لها كتاب محقق كيهودية ونصرانية[1]. وقد شرع المصنف في الفرقة الأولى فقال: **(يحرم)**

---

(١) النكاح من أشد الروابط وأمتن الصلات التي تربط الناس بعضهم ببعض. ومن أقوى الدواعي للرحمة والإخاء ورد بذلك نص القرآن قال تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾.
كيف لا، وبه يخلو الزوج إلى زوجته، ويفيض إليها بما في قرارة نفسه وخفايا ضميره.

نِكَاحُ مَنْ لَا كِتَابَ لَهَا كَوَثَنِيَّةٍ وَمَجُوسِيَّةٍ،

على المسلم **(نكاح من لا كتاب لها)** أصلاً **(كوثنية)** وهي عابدة الوثن ويدخل تحته عابدة الصنم إذا قلنا بترادفهما، وقيل: الصنم ما كان مصوّراً، والوثن ما كان غير مصوّر، أو يطلق على المصوّر وغير المصوّر، فعلى هذا كل صنم وثن ولا عكس وهذا بالنسبة إلى اللغة. أما الحكم فلا يختلف. ثم شرع في الفرقة الثانية فقال: **(ومجوسية)** وهي عابدة النار إذ لا كتاب

= فإن كانت تلك الزوجة كتابية أمكن الزوج المسلم أن يوضح لها الإسلام ومحاسنه، وتعاليمه ومزاياه، ويكشف لها عما غمض عليها منه، وغالباً ما تجد هذه الأمور مكاناً في نفسها لملائمة طبيعتها وتأثرها بما يلقى إليها خصوصاً، وفي النساء رقة تساعد على ذلك.

وإنما تثمر هذه البذور ثمرتها إذا كانت المرأة كتابية لا مشركة لما بين الإسلام وأهل الكتاب من قرب وشبه، إذ الكل يدين بكتاب منزل ورسول مبين، ومن هنا يخطر الإسلام مودة أهل الكتاب وصلتهم، ولم يمنع معاشرتهم، كيف وفي الاختلاط إزالة ما عساه يكون عالقاً بالأذهان من الشكوك والأوهام.

أما المشركة فهي لعداوتها للإيمان. صَمَّت أذنها عن دعوته، وصرفت نفسها عن التأمل والنظر في مزاياه، فقسا منها القلب، وجمد العقل، فناسب ذلك حظر الإسلام التزوج بها لعدم تحقق الغاية المرجوة من الزواج بها.

فهي لا تتحرز عن خيانة لزوجها طبعت عليها منذ نشأتها حيث لا دين لها يحرم عليها الشر أو يردها عن مباشرة الضر أو يهديها لعمل الخير بل هي موكولة إلى ما نشأت عليه من أوهام الجاهلية، وخرافات الوثنية، ووساوس الشيطان، وفضلاً عن ذلك فولدها معرض للتخلق بأخلاق الشرك واعتقاد أصوله بما تلقيه أمه في نفسه سراً من غير علم الوالد، ومثل هذا غير متحقق في الكتابية، لأنها موحدة بعيدة عن الخرافات، فلا غرو أن حرمت المشركة وأحلت الكتابية.

ثم المشركة باختيارها الشرك ما ثبت أمرها في الدين على حجة أو دليل حتى يساعدها هذا على فهم ما يلقى إليها من براهين إن تدبرتها أخذت بها إلى سبيل الحق، وهدتها إلى الطريق القويم، ولكن اعتقادها الناشىء عن التقليد الأعمى وكونها وجدت الآباء عليه صَمَّ آذانها عن الدعوة الحقة فلا تنفع فيها موعظة، ولا تفيدها الحجج والبراهين.

ومن هنا انعدمت مقاصد النكاح في التزوج بها فحرمه الشارع الحكيم على المسلمين.

ذهب أكثر أهل العلم والفقهاء الأربعة على القول بحل زواج المسلم بالكتابية الحرة التي بدار الإسلام، ونقل عن ابن عمر والهادي من الزيدية، والإمامية من الشيعة القول بتحريمها على المسلم.

استدل المحرمون: بالكتاب، والأثر، والمعقول.

أما الكتاب: فأولاً: قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ وجه الدلالة أن الله تعالى حرم المشركات بالنهي الوارد في الآية، والكتابية مشركة فيحرم نكاحها، وتشهد اللغة والكتاب والسنة بشرك الكتابية.

أما اللغة فكون الشرك معناه الإشراك بين شيئين، ومن جعلت عيسى أو عزير ابناً لله فقد أشركت معه غيره في العبودية، وأما الكتاب فقد نطق بشركها في قوله تعالى: ﴿سبحانه وتعالى عما يشركون﴾.

ونسب إليهم القول بالإبنية لله، وهو عين الشرك قال تعالى: ﴿وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله﴾ وكذلك السنة الصحيحة وصفتهم بالشرك فقد روى البخاري في صحيحه عن الليث عن نافع عن ابن عمر كان إذا سئل عن نكاح الرجل النصرانية أو اليهودية قال: «حرم الله المشركات على المؤمنين، ولا أعلم شيئاً من الإشراك أعظم من أن تقول المرأة، ربها عيسى، وهو عبد من عباد الله». =

وَتَحِـلُّ كِتَابِيَّـةٌ

بأيدي قومها الآن ولم نتيقنه من قبل فتحتاط، وقول المتن ومجـوسية معـطوف على قولـه من لا كتاب لها لا أنه معطوف على وثنية حتى يقتضي أنه لا كتاب لها أصلاً فإنه خلاف المشهور. ثم شرع في الفرقة الثالثة فقال: **(وتحل كتابية)** أي نكاحها لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَـاتُ مِنَ الَّذِينَ

= صرح الحديث بشركهم، ونطق بعلة تسميتهم، وكيف لا تكون الكتابية مشركة وقد تـوفرت فيهـا علة النهي المقتضية للتحريم، وتحقق فيها الوصف الذي نعتت به المشركات في قـوله تعـالى: ﴿أولئك يـدعون إلى النار﴾.

ونوقشت الآية: نمنع كون الكتابية مشركة من وجوه: أولاها: أن يصرف ما ورد من وصفهم بالشرك إلى غير الحقيقة بأن يقال: أطلق لفظ الشرك عليهم باعتبار فعلهم كما صح أن يطلق على المرائي بفعله. أما الوجه الثاني: أن يوجه الوارد بأن اليهود والنصارى لما ابتدعوا الشرك من عندهم مع أنه ليس في أصل دينهم شـرك - إذ الأصـل فيه اتبـاع الكتب المنزلـة التي وردت بالتـوحيد - صـح إطلاق اسم الشـرك عليهم، وكـون العلة المذكورة في عجز الآية المحرمة للمشركات متحققة في الكتابية لا تجعلهما متحدتين في الحقيقة، فالفرق بينهما فيها مقرر معروف فضلاً عما في المشركة من الاشتهار بالعداوة الدينية والتظاهـر بالمخـالفة، وليست الكتابية كذلك؛ لأنها رضيت بالقهر والغلبة على أمرها، ودفعت الجزية نظير أمانها.

ولو جرينا على القول القائل يكون قوله تعالى: ﴿أولئك يدعون إلى النار﴾ علة لقوله: ولأمة مؤمنة خيـر من مشركة تخرج العلة المذكورة عن دلالتها إذ تكون علة للأفضلية والخيرية لا للتحريم، وعليه فلا اشتراك بين المشركة والكتابية في العلة، فلا تحرم الكتابية.

واستدلوا ثانياً من الكتاب بقوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ ووجه الدلالة أن الله حرم على المؤمنين تمسكهم بالكافرات، وجعلهم في عصمتهم، وذلك مقتضى النهي الوارد في الآية، فكـان هذا دليـلاً على تحريم ابتداء نكاحهن؛ لأنه مفضي إلى المنهي عنه.

ونوقشت تلك الآية بمناقشتين:

أولاهما: ان قوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ اللام في الكوافر لتعريف العهد، والمعهودات كن مشركات عبدة أوثان إذ الآيـة نزلت في مشـركات الحـديبية، وعليـه فلا تتنـاول الآية الكتـابيات، وعلى أن الخطاب متوجه لمن كان في عصمة كافرة مشركة تاركاً لها بدار الحرب تخرج الآية عن الـدلالة، وقـد فهم الصحابة - رضوان الله عليهم - منها ذلك، فطلق عمر امرأتين كانتا مشركتين بمكة حين نزلت الآية بالحديبية.

وثانيهما: ان الآية نزلت بالحديبية حين هاجر رسول الله ﷺ إلى المدينة، وأنزل الله سورة الممتحنة، وفيها الأمر بامتحان المهاجرات، فهي واردة في ذلك، ثم أنزل الله حل الكتابيات بعد ذلك في آية أخرى في سورة المائدة هي قوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾.

واستدلوا ثالثاً بالأثر:

ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فـرق بين من تزوجـوا بكتابيـات وأزواجهن، وحين نكح طلحـة يهودية، وحذيفة بن اليمان نصرانية غضب غضباً شديداً فقالا: نطلق يا أمير المؤمنين فلا تغضب فقال: «إن حل طلاقهن فقد حل نكاحهن، ولكن أنتزعهن منكم».

دل هذا على عدم جواز نكاح الكتابيات للمسلمين؛ لأنه لو كان نكاحهن حلالاً جائز لما غضب عمر، ولأنكر عليه الصحابة، ولصحح طلاقهن، فتفريقه وعدم إجازته الطلاق دليل على الحرمة.

ونوقش:

بأن المروي عن عمر غير جيد. قاله ابن عطية بل قيل: إنه غريب. والذي بـإسناد جيـد عنه أنـه قال للذين

أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] أي حلّ لكم وقال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتَ

تزوّجوا من الكتابيات: «طلقوهن، فطلقوهن إلا حذيفة، فقال له عمر: طلقها قال: تشهد أنها حرام؟ قال: هي خمرة طلقها، فلما كان بعد طلقها، فقيل له: ألا طلقتها حين أمرك عمر؟ قال: كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي».

نطق هذا الأثر في نهايته بعدم حرمة الكتابية، ودل على عدم التحريم أيضاً طلبُ عمر الطلاق من المتزوجين، ويؤيده ما نقل ابن وهب وابن المنذر نقلاً صحيحاً عن عمر قوله بجواز نكاح الكتابيات.

واستدلوا بالمعقول من وجهين:

أولهما: أن الكتابية امرأة تعارض دليل حلها، وهو قوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ مع دليل تحريمها، وهو قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾، وفي مثل هذا يلزم الرجوع إلى الأصل، وهو التحريم؛ لأن الأبضاع مما يلزم الاحتياط فيها فيحرم نكاح الكتابية لذلك.

ونوقش: بتسليم كون الأصل في النكاح الحرمة وأنه لا بد من نص دال على الحل لكن قوله تعالى بعد تعداد محرمات النكاح في سورة النساء: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ لا يخلو من أن تكون نازلة بعد تحريم المشركات أو قبلها، فإن كانت بعدها صح القول بأنها ناسخة لآية البقرة، وإن كانت متقدمة عنها وآية البقرة متأخرة تكون المشركة مستثناة من العموم في آية الحل، وعلى كل حال فالكتابيات داخلات في عموم آية الحل غير مخرجات منها لما سبق بيانه من أن اسم المشرك لا يتناول الكتابي، وتكون آية المائدة وهي قوله: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ جاءت مؤكدة للحل الوارد في العموم رافعة لتوهم حرمتهن كما فهم بعض الصحابة.

وثانيهما: ان الكتابية متمسكة بكتاب دار أمر القول فيه بين حالين هما التغيير أو النسخ، والمغير تزول عنه صفة الكتاب والمنسوخ ترتفع أحكامه، وحينئذ يكون لا فرق بينه وبين ما لم يكن، وعليه تكون الكتابية في حكم من لا كتاب لها، ومن هذا شأنها لا يحل نكاحها لتحقق النقص الفاحش فيها فساوت عابدة الوثن.

ونوقش: بأن من لها كتاب مغير أو منسوخ يصح أن تندرج تحت من لها شبهة كتاب نظراً لكتابها المغير وصحة دينها في أصله، فلا مساواة بينها وبين من لا كتاب لها أصلاً، وتفرقة الشارع بينهما في الأحكام دليل على ذلك، فقد حقن دماء الأولى دون الثانية، وكذا أحل ذبيحتها، دون الأخرى، فناسب أن يفترقا في حكم النكاح.

واستدل المجوزون: بالكتاب والسنة:

أولاً: الكتاب: وهو قوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ عطف الله المحصنات في الآية على الطيبات المصرح بحلها في صدر الآية، والمحصنات معناها الحرائر أو العفيفات فتكون الآية دليلاً على حل الحرائر أو العفيفات من أهل الكتاب؛ لأن قضية العطف التشريك في الحكم، وهذه الآية محكمة ليس بمنسوخ حكمها على القول بعدم تناول آية البقرة. وهي قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ للكتابيات. إذ تكون كل من الآيتين جار على أفراده، وعليه فلا نسخ ولا تخصيص، وعلى أن آية البقرة متناولة للكتابيات تكون هذه الآية مخصصة للعموم أو ناسخة على الخلاف المعروف في علم الأصول.

فإن ورد على هذا، عدم تسليم تفسير المحصنات بالحرائر أو العفيفات، وتفسيرها بالمسلمات؛ وإن المراد بهن اللاتي كن كتابيات فأسلمن. إستناداً إلى قوله تعالى: ﴿من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل وهم يسجدون يؤمنون بالله واليوم الآخر﴾ وقوله: ﴿وإن من أهل الكتاب لمن يؤمن بالله﴾ وإلى أن الصحابة قبل نزول آية المائدة كانوا يتحرجون عن الزواج بالكتابيات اللاتي أسلمن فأنزل الله هذه الآية بياناً لحلهن.

أجيب عن ذلك:

بأن تفسير المحصنات بالمسلمات غير صحيح من وجوه متعددة:

حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] نعم يستثنى نكاح النبي ﷺ فإنه لا يحل له نكاح الكتابية على الأصح في الروضة وأصلها وقطع به العراقيون؛ لأنها تكره صحبته، ولأنه أشرف من أن يضع

= الوجه الأول: أن الله تعالى قد ذكر المؤمنات في قوله: والمحصنات من المؤمنات قبلها، فانتظم هذا سائر المؤمنات ممن كن كتابيات أو مشركات فأسلمن ومن نشأنا على دين الإسلام، فإذا عطف بعد ذلك المحصنات من الذين أوتوا الكتاب لم يكن من الجائز أن يراد بالجملة المعطوفة ما أفادته الجملة قبلها إذ المؤمنات اللاتي كن كتابيات إن كن قد انقرضن فلا فائدة؛ لأنه لا يتصور الخطاب بحل الأموات للمخاطبين الأحياء، وإن كن أحياء ودخلن في دين الإسلام فالحل معلوم من الجملة قبلها، ولا حاجة إلى التكرار ولا إلى خلو الكلام عن الفائدة؛ لأنه عبث عليه تعالى محال.

الوجه الثاني: إن في القول بهذا التأويل الذي ذهب إليه ابن عمر صرف اللفظ عن ظاهره بلا مقتض، وهو غير جائز.

الوجه الثالث: إن تفسير المحصنات بالمسلمات تفسير إرادة لا لغة أما تفسيرها بالعفيفات فتفسير لغة؛ لأن الإحصان في اللغة عبارة عن المنع، ومعنى المنع يحصل بالعفة والصلاح كما يحصل بالحرية والإسلام والنكاح إذ الكل مانع للمرأة عن ارتكاب الفاحشة، فيتناولهن عموم المحصنات، ومما يرجح تفسيرها بالعفيفات وورد الإحصان بمعنى العفة في كلام الله قال تعالى: ﴿محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان﴾.

الوجه الرابع: عدم قول أحد من أهل العلم بأن المراد من قوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب﴾ طعام من كانوا أهل الكتاب فأسلموا مرجح لعدم تفسير المحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴿بمن كن أهل كتاب فأسلمن﴾، وكيف يراد ذلك وقوله: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ تفيد حصول الوصف في حال الإباحة، وهو منفي على تلك الإرادة.

أما تأييد المدعي دعواه بما ورد في الآيتين: ﴿من أهل الكتاب أمة﴾ ﴿وإن من أهل الكتاب﴾ الآية فلا يفيده؛ لأن تقييدهما بالإيمان دليل على أنه لم يرد بهم أهل الكتاب عند الإطلاق بل أراد بهم طائفة معينة منهم ذلك؛ لأن لفظ أهل الكتاب إذا أطلق من غير تقييد انصرف إليهم من غير إرادة من أسلم منهم، فإن أريد نوع آخر جاء اللفظ مقيداً دون إطلاق كما في الآيتين المذكورتين، وعليه فذكر آية المائدة مطلقة لا مقيدة يدل على أن المراد بأهل الكتاب فيها حقيقة اللفظ عند الإطلاق.

وإن ورد على دليل الجمهور ثانياً:

أن آية المائدة منسوخة بآية البقرة فقد روي جعفر بن مجاشع قال: سمعت إبراهيم بن إسحاق الحربي يقول في آية البقرة وجه ذهب إليه قوم جعلوا التي في البقرة هي الناسخة والتي في المائدة هي المنسوخة يعني فحرموا نكاح كل مشركة كتابية أو غير كتابية.

أجيب عن ذلك:

بمنع نسخ آية المائدة بآية البقرة؛ لأن البقرة من أول ما نزل بالمدينة، والمائدة من آخر ما نزل بها، والمتأخر ينسخ المتقدم، وعلى تسليم كون آية المائدة منسوخة لا يتم الدليل إلا إذا كانت آية البقرة الناسخة عامة في الوثنيات والكتابيات، وليست كذلك لورود العطف المقتضي للمغايرة في غير آية من القرآن مثل ﴿ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين﴾ وقوله ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين﴾ وحتى على القول بالعموم تكون آية المائدة مخصصة لآية البقرة أو ناسخة، والعكس

واستدل المجوزون ثانياً بالسنة: وهي:

ما رواه جابر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ: أنه قال: «نتزوج نساء أهل الكتاب ولا يتزوجون نساءنا» أخرجه أبو داود في سننه (٣/ ٥٩). =

لٰكِنْ تُكْرَهُ حَـرْبِيَّةٌ وَكَذَا ذِمِّيَّةٌ عَلَى الصَّحِيحِ ،

ماءه في رحم كافرة، ولقولـه تعالى: ﴿وَأَزْوَاجُـهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾ [الأحـزاب: ٦] ولا يجوز أن تكـون المشركة أم المؤمنين، وقضيـة التعليل بـأنه أشـرف من أن يضع مـاءه في رحم كافـرة أنه يحـرم عليه ﷺ التسري بـالأمة الكتـابية مـع أن الأصح في الـروضة، وأصلهـا حلّ التسـري له بـالأمة الكتابية، واستدل لذلك بأنه ﷺ كان يطأ صفية قبل أن تسلم. وقال الماوردي: تسرى بريحانـة وكانت يهودية من سبي قريظة. وأجيب عن ذلك بأن القصد بالنكاح أصالة التـوالد فـاحتيط له، وبأنه يلزم فيه أن تكون الزوجة أم المؤمنين كمـا مرّ بخـلاف الملك فيهما، وفي تحـريم الوثنيـة على الكتـابي وجهان، وظـاهر كـلام الشيخين التحريم وهـل تحرم الـوثنية على الـوثني. قـال السبكي: ينبغي إن قلنا: إنهم مخاطبون بالفروع حرمت وإلا فلا حل ولا حـرمة، ولا فـرق في حل الكتابية للمسلم بين الحربية والذمية (**لكن تكره حربية**) ليست بدار الإسلام لما في الإقامة في دار الحرب من تكثير سـوادهم، ولأنها ليست تحت قهـرنا وقـد تسترق وهي حـامل منـه فلا تصدّق في أنها حامل من مسلم ولمـا في الميل إليهـا من خوف الفتنـة (**وكذا**) تكـره (**ذمية على الصحيـح**) لما مـرّ من خوف الفتنـة، لكن الحربيـة أشدّ كـراهة منهـا، والثاني: لا تكـره؛ لأن الاستفـراش إهانـة والكافـرة جديـرة بذلـك، هذا إذا وجـد مسلمة، وإلا فـلا كراهـة كما قـالـه

= وعن عبد الرزاق وابن جرير عن عمر بن الخطاب قـال: «المسلم يتزوج النصـرانية، ولا يتـزوج النصراني المسلمة».

دل ما تقدم على حل الكتابية للمسلم، وأيده فعل بعض الصحابة، فقد تزوجوا بكتابيات ولم ينكـر بعضهم على بعض. روى الخلال بسنده أن حذيفة بن اليمان وطلحة بن الجارود بن المعلى وأذينة العبدي تزوجـوا نساء من أهل الكتاب، كما روى عن عمر وعثمان وغيرهما من الصحابة القول بإباحتهن.

ونوقش:

بأن الرواية عن عمر مضطربة، ففي بعضها القول بالحل، وفي أخرى تفريقـه بين من تزوج بكتـابيات وبين أزواجهن، ومع هذا الاضطراب لا يؤخذ بقوله، ويمكن تأويل الحديث الأول بأن ذلك كان في زمن قلة النساء المؤمنات في ابتداء الإسلام.

وأجيب:

بأن الرواية الصحيحة عن عمر هي الناطقة بحل تزوج المسلم للنصرانية، وهي نص، فلا يعارضها غيرها، والدليل على ذلك أن بعضاً من الصحابة قدموا على التزوج بكتابيات منهم طلحة وكعب بن مالك وعثمان بن عفان، وكذا خـطب المغيرة بن شعبـة هند بنت النعمـان بن المنذر، وكـانت تنصرت، وثبت عن الصحـابة طلاقهم للكتابيات، وهو دليل على حل نكاحهن، والقول بـأن ما ورد عن الصحـابة محمـول على زمن قلة النساء المؤمنات لا يستند إلى دليل، وإنما يُعتمد عليه لو لم يكن كتاب أو سنة واردين بالحل، وغاية ما يفيد هذا الحل هو كراهية الكتابيات لا حرمتهن على المسلمين، وقد قال بالحل مع الكراهة، وبأنه خلاف الأولى المالكية والحنفية، وعللوا الكراهة بأن الكتابية تشرب الخمر وتأكل الخنزير، فـلا تؤمن على تربيـة أولادها وبعد هذا التطوف تبين أن مذهب الجمهور هو الراجح.

انظر فتح القدير ٣/٣٧٢، تفسير الجصاص ٢/٢٤٢، تفسير الفخر الرازي ٦/٦١، الشرح الكبير ٣/٢٦٧، كشاف القناع ٣/٤٨، فتاوى ابن تيمية ٤/٨٤، مغني ابن قدامة ٧/٥٠٠، تفسير القرطبي ٤/٦٧، الحاوي الكبير جـ ١ خ بتحقيقنا.

وَالْكِتَابِيَّةُ يَهُودِيَّةٌ أَوْ نَصْرَانِيَّةٌ لَا مُتَمَسِّكَةٌ بِالزَّبُورِ وَغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْكِتَابِيَّةُ إِسْرَائِيلِيَّةً فَالأَظْهَرُ حِلُّهَا إِنْ عُلِمَ دُخُولُ قَوْمِهَا فِي ذَلِكَ الدِّينِ قَبْلَ نَسْخِهِ وَتَحْرِيفِهِ، وَقِيلَ يَكْفِي قَبْلَ نَسْخِهِ،

الزركشي. قال: وقد يقال باستحباب نكاحها إذا رجى إسلامها، وقد روي أن عثمان رضي الله عنه تزوج نصرانية فأسلمت وحسن إسلامها، وقد ذكر القفال أن الحكمة في إباحة الكتابية ما يرجى من ميلها إلى دين زوجها فإن الغالب على النساء الميل إلى أزواجهنّ وإيثارهنّ على الآباء والأمهات، ولهذا حرمت المسلمة على المشرك، وصرّح الماوردي بأنه يكره نكاح المسلمة بدار الحرب والتسري هناك لما في ذلك من تكثير سوادهم (**والكتابية: يهودية أو نصرانية**) لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾ [الأعراف: ١٧٢] والأولى: اشتق اسمها من يهود ابن يعقوب. والثانية: من ناصرة قرية بالشام كان مبدأ دين النصارى منها (**لا مستمسكة بالزبور**) بفتح أوله وضمه، وهو كتاب داود عليه الصلاة والسلام (**وغيره**) كصحف شيث وإدريس وإبراهيم صلوات الله وسلامه على نبينا وعليهم أجمعين فلا تحل لمسلم وإن أقرت بالجزية، واختلف في سبب ذلك، فقيل: لأنها لم تنزل بنظم يدرس ويتلى وإنما أوحى إليهم معانيها وقيل: لأنها حكم ومواعظ لا أحكام وشرائع، وفرّق القفال بين الكتابية وغيرها بأن فيها نقصاً واحداً وهو كفرها وغيرها فيها نقصان الكفر وفساد الدين (**فإن لم تكن الكتابية إسرائيلية**) بأن لم تكن من بني إسرائيل وهو يعقوب عليه الصلاة والسلام بل كانت من الروم ونحوه.

فائدة: إسرا بالعبرانية عبد وإيل اسم الله (**فالأظهر حلها**) للمسلم (**إن علم دخول قومها**) أي آبائها أي أولهم أي أول من تدين منهم (**في ذلك الدين**) أي دين موسى وعيسى عليهما الصلاة والسلام (**قبل نسخه وتحريفه**) لتمسكهم بذلك الدين حين كان حقاً، ومنهم من قطع بهذا كما يقرون بالجزية قطعاً، والثاني: المنع؛ لفقد النسب (**وقيل يكفي**) دخول قومها في ذلك الدين (**قبل نسخه**) ولو بعد تحريفه؛ لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تزوّجوا منهم ولم يبحثوا عن ذلك، والأصح المنع إن دخلوا فيه بعد التحريف، فإن تمسكوا بغير المحرّف فكما قبل التحريف فتحل في الأظهر.

تنبيه: قضية كلامه التحريم إذا شك هل دخلوا قبل التحريف أو بعده وهو كذلك، وكذا تحرم ذبائحهم ولكن يقرون بالجزية تغليباً لحقن الدم، أما من دخل أول آبائها في ذلك الدين بعد نسخه كمن تهوّد أو تنصر بعد بعثة نبينا ﷺ فلا تحل، وكذا من تهوّد بعد بعثة عيسى عليه الصلاة والسلام، واحترز المصنف بقوله: فإن لم تكن الكتابية إسرائيلية عما إذا كانت إسرائيلية نسبة إلى إسرائيل، وهو يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم عليهم الصلاة والسلام، فالشرط فيها أن لا يعلم دخول أول آبائها في ذلك الدين بعد بعثة تنسخه كما سيأتي وذلك بأن

وَالْكِتَابِيَّةُ الْمَنْكُوحَةُ كَمُسْلِمَـةٍ فِي نَفَقَةٍ وَقَسْمٍ وَطَلَاقٍ، وَتُجْبَرُ عَلَى غُسْلِ حَيْضٍ وَنِفَاسٍ وَكَذَا جَنَابَةٍ وَتَرْكِ أَكْلِ خِنْزِيرٍ فِي الأَظْهَرِ،

علم دخول أول آبائها في ذلك الدين قبل البعثة أو شك، وإن علم دخوله فيه بعد تحريفه أو بعد بعثة لا تنسخه كبعثة من بين موسى وعيسى فإنه يحل نكاحها لشرف نسبها. قال السبكي: وهل يرجع إلى اليهود وإلى النصارى في دعواهم أنهم من بني إسرائيل، وأن آباءهم دخلوا في ذلك الدين قبل نسخه وتبديله أو بعد التبديل وقبل النسخ أي واجتنبوا المبدل. قال الأصحاب في كتاب الجزية: إنهم يقرون بدعواهم ذلك؛ لأنه لا يعلم ذلك إلا من جهتهم، وقضية ذلك القبول. قال: وقد يفرق بين البابين بالتشوّف إلى حقن الدماء بخلاف الأبضاع، فإنه يحتاط لها. قال: وعلى هذا يتعذر أو يتعسر نكاح الكتابية اليوم اهـ واعتمد الفرق الأذرعي، ثم قال: وحينئذ فنكاح الذميات في وقتنا ممتنع إلا أن يسلم منهم اثنان ويشهدان بصحة ما يوافق دعواهم، أما بعد النسخ ببعثة نبينا ﷺ فلا تفارق فيه الإسرائيلية غيرها كما قاله الشيخان؛ لسقوط فضيلة النسب بالنسخ، وأما من تهوّد بعد بعثة عيسى ﷺ فكذا في الأصح، وقيل: لا، وهما مبنيان على أن شريعة عيسى ﷺ، هل نسخت شريعة موسى أو خصصتها، والناسخ شريعتنا، وفيه خلاف، قيل: خصصتها؛ لأن عيسى مقرر شريعة التوراة لأنه من أنبياء بني إسرائيل، وعن نصّ الشافعي رضي الله تعالى عنه أن كل شريعة نسخت التي قبلها كشريعة عيسى نسخت شريعة موسى، وشريعتنا نسخت سائر الشرائع اهـ وحكم الوطء بملك اليمين فيمن ذكر حكم النكاح، قال الزركشي: هذا مذهبنا وفي النفس منه شيء يعرف بتأمل الآثار والأخبار الواردة في وطء السبايا والجواب عنها عسر فيما يظهر (**والكتابية المنكوحة كمسلمة في نفقة وقسم وطلاق**) وغيرها لاشتراكهما في الزوجية بخلاف التوارث كما مرّ وبخلاف القذف، فإن في قذفها التعذير كما سيأتي وله دفعها باللعان، وفي أنه يكره نكاحها (**وتجبر**) الزوجة الممتنعة مسلمة كانت أو كتابية وكذا الأمة (**على غسل حيض ونفاس**) أي للحليل إجبارها على ذلك إذا طهرت لتوقف حلّ الوطء عليه، وقضية هذا أن الحنفي لا يجبرها على ذلك لاعتقاده الحل عند الانقطاع، لكن قال القاضي أبو الطيب: لا أعرف أحداً من أصحابنا فرق بين الشافعي والحنفي. قال البلقيني: ووجهه أن هذا يتوقف عليه كمال الاستمتاع لا أصله على عقيدته فهو من الخلاف، ويستبيح بهذا الغسل الوطء وإن لم تتوضأ للضرورة كما في المسلمة المجنونة، وقد مرّت الإشارة إلى ذلك في كتاب الطهارة (**وكذا جنابة**) أي تجبر الكتابية على غسلها من الجنابة (**و**) على (**ترك أكل**) لحم (**خنزير**) ونحوهما مما يتوقف كمال التمتع على زواله (**في الأظهر**) كما تجبر على إزالة النجاسة. والثاني: لا إجبار؛ لأنه لا يمنع الاستمتاع.

تنبيه: ظاهر تخصيص المصنف الخلاف بالذمية أن المسلمة تجبر على غسل الجنابة قطعاً وهو ما جارى عليه الرافعي وقيده في زيادة الروضة بما إذا حضر وقت الصلاة في بالغة.

وَتُجْبَرُ هِيَ وَمُسْلِمَةٌ عَلَى غَسْلِ مَا نَجُسَ مِنْ أَعْضَائِهَا، وَتَحْرُمُ مُتَوَلِّدَةٌ مِنْ وَثَنِيٍّ وَكِتَابِيَّةٍ، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي الأَظْهَرِ، وَإِنْ خَالَفَتِ السَّامِرَةُ

قال: فإن لم تحضر صلاة ففي إجبارها القولان، والأظهر الوجوب، وقد يقال إن حق الزوج إنما هو في الاستمتاع لا فيما يتعلق بحق الله تعالى من الصلاة، وحينئذ فكلام الرافعي أوجه، ومحل الخلاف في إجبار الكتابية على منع أكل الخنزير إذا كانت تعتقد حله كالنصرانية، فإن كانت تعتقد تحريمه كاليهودية منعها منه قطعاً (و) الكتابية **(تجبر هي ومسلمة على غسل ما نجس من أعضائها)** ليتمكن من الاستمتاع بها كما علله الرافعي، وعلله الماوردي لما يلحقه من المشقة بالتنجيس، وقضية ذلك أنه لا يجوز الاستمتاع بعضو نجس، والظاهر أن محله إذا كان يتولد منه تنجيس وإلا فلا كما بحثه الأذرعي، وفي قدر ما يجبرها على الغسل من أكل لحم الخنزير وجهان في الحاوي. أحدهما: سبعاً كولوغه. والثاني: مرة واحدة؛ لأنه لحق نفسه اهـ والأوّل أوجه.

تنبيه: تخصيص المصنف بالأعضاء قد يخرج الثوب وليس مراداً، فقد قال الماوردي: له منعها من لبس ما كان نجساً قطعاً، وفي الروضة له منعها من لبس جلد الميتة قبل دباغه، ولبس ماله رائحة كريهة وله إجبارها أيضاً على التنظيف بالاستحداد وقلم الأظافر وإزالة شعر الإبط والأوساخ إذا تفاحش شيء في ذلك، وكذا إن لم يتفاحش، وله منعها من أكل ما يتأذى من رائحته كبصل وثوم، ومن أكل ما يخاف منه حدوث المرض، وله منع الكتابية من شرب ما يسكر، وكذا من غيره ومن البيع والكنائس، كما يمنع المسلمة من شرب النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته من القدر الذي يسكر، وكذا من غيره ومن المساجد والجماعات وكالزوج فيما ذكر السيد كما فهم بالأولى، وليس له إجبار أمته المجوسية أو الوثنية على الإسلام؛ لأن الرق أفادها الأمان من القتل **(وتحرم متولدة من وثني)** أو مجوسي **(وكتابية)** جزماً؛ لأن الانتساب إلى الأب وهو لا تحل مناكحته **(وكذا عكسه)** أي متولدة من كتابي ووثنية أو مجوسية **(في الأظهر)** تغليباً للتحريم. والثاني: تحل؛ لأنها تنسب للأب، وهذا في صغيرة أو مجنونة، فإن بلغت عاقلة ثم تبعت دين الكتابي منهما لحقت به فيحل نكاحها. قال الشافعي رضي الله عنه؛ لأن فيها شعبة من كل منهما لكنا غلبنا التحريم ما دامت تابعة لأحد الأبوين، فإذا بلغت واستقلت واختارت دين الكتابي قويت تلك الشعبة، وقيل لا تلحق به فلا يحل نكاحها كالمتولدة بين مجوسيين، وتأوّل قائله النص على ما إذا كان أحد أبويها يهودياً والآخر نصرانياً فبلغت واختارت دين أحدهما، وصححه الرافعي في أول كتاب الصيد والذبائح. قال الأذرعي: وتأويل النص بما ذكر عجيب فقد صوّرها في الأم بأن أحد أبويها نصراني والآخر مجوسي اهـ فالأولى أن يقال: النص هنا غير معمول به لما عرف من ذلك في محل آخر اطلع عليه الأصحاب ورجحوه **(وإن خالفت السامرة)** وهي طائفة تعد من اليهود، وسميت بذلك نسبتها إلى أصلها السامري عابد العجل

الْيَهُودَ، وَالصَّابِئُونَ(١)

[اليهود، والصائبون)(١) وهي طائفة من النصارى سميت بذلك. قيل: لنسبتها إلى صابىء عم نوح عليه الصلاة والسلام، وقيل: لخروجها من دين إلى دين، وكان الكفار يسمون الصحابة صابئة

(١) يتوقف الحكم في هذه المسألة على معرفة مذهب تلك الطائفة وهل هي من أهل الكتاب أو من غيرهم، ولبيان ذلك نقول:
الصابىء لغة: قيل: إن هذا لفظ ليس بعربي، وقيل: إنه عربي، وعلى الأخير اختلف فيه، فقيل: إنه من صبا معتلاً بمعنى مال، وسمي الصابىء به لخروجه عن الدين الحق إلى الدين الباطل. وقيل: إنه من صبأ المهموز إذا خرج، ومنه صبأت النجوم من مطالعها إذا خرجت، ومن هنا سمت العرب كل من خرج عن دينه إلى غيره صابئاً.
تحديد مذهب الصابئة:
اضطربت أقوال العلماء فيه، فأقربها ما حكاه الإمام الجصاص في تفسيره أحكام القرآن قال: «الصابئون الذين يعرفون بهذا الاسم في هذا الوقت ليس فيهم أهل كتاب، وانتحالهم في الأصل واحد أعني الذين بحران، والذين بناحية البطائح في سواد واسط، وأصل اعتقادهم تعظيم الكواكب السبعة، وعبادتها، واتخاذها آلهة، وهم عبدة أوثان في الأصل إلا أنه منذ ظهر الفرس على إقليم العراق، وأزالوا مملكة الصابئين، وكانوا نبطاً لم يجسروا على عبادة الأوثان ظاهراً؛ لأنهم منعوهم من ذلك، كذلك الروم وأهل الشام والجزيرة كانوا صابئين فلما تنصر قسطنطين حملهم بالسيف على الدخول في النصرانية، فبطلت عبادة الأوثان من ذلك الوقت، ودخلوا في غمار النصارى في الظاهر، وبقي كثير منهم على تلك النحلة مستخفين بعبادة الأوثان، فلما ظهر الإسلام دخلوا في جملة النصارى، ولم يميز المسلمون بينهم وبين النصارى إذ كانوا كاتمين لاعتقادهم مستخفين بعبادة الأوثان.
ومن الكلام السابق نلمح أن هذه الفرقة أصلها عبدة أوثان ثم كتمت وثنيتها تقية، وأظهرت التمسك بالنصرانية خوفاً من القتل، واضطرت لذلك إبقاء على نفسها.
وقد وردت عن السلف أقوال أخرى في مذهبهم نورد أهمها، فروي عن مجاهد وعطاء أنهم قوم لا دين لهم.
وعن قتادة والحسن أنهم قوم يعبدون الملائكة، وعن جماعة آخرين أنهم قوم يعبدون الكواكب، وانقسم هؤلاء إلى فريقين: فريق يقول أن خالق العالم هو الله سبحانه وتعالى إلا أنه أمر بتعظيم هذه الكواكب واتخاذها قبلة للدعاء، وفريق آخر قال بأن الله سبحانه هو الخالق لهذه الكواكب، وهي مع ذلك المدبرة لما في العالم من خير وشر، وصحة ومرض، بل إنها الخالقة لها، فوجب على البشر لهذا تعظيمها.
وقال قوم: إن الصابئة جماعة تعصبوا للروحانيات واتخذوها واسطة، ولما لم يتيسر لهم التقرب بأعيانها. والتلقي منها بذواتها فزعوا إلى هياكلها، وترك جماعة منهم الهياكل وتقربوا إلى الأشخاص.
فمن هنا كانت الفرقة الأولى عبدة كواكب، والثانية عبدة أصنام. وقال السدي وجماعة: الصابئة طائفة من أهل الكتاب. تلك أشهر أقوال السلف في الصابئة بتدبرها يمكن القول بأن من ذهب إلى أنهم قوم لا دين لهم قد يكون مستنده في ذلك كون الصابئة لم يثبتوا على عقيدة واحدة وملة منفردة بل تقلبوا في الدين مع الأهواء، وخضعوا لضغط الظروف فأشبهوا المرتدين والمرتد لا دين له. ومن قال: إنهم عبدة كواكب أو ملائكة أو تعصبوا للروحانيات، إن أراد أنهم عبدوها حقيقة فهم مشركون على الأقوال الثلاثة، وإن أراد أنهم تقربوا بها إلى خالقهم فهم ليسوا بمشركين.
ولقد وجدت بالبحث في فرق الصابئة أن فيهم فرقة تقربت وأخرى عبدت، ومَنْ حَدَّد مذهبهم بأحد الرأيين = لعله عرف أمر فرقة، وخفي عليه أمر أخرى.

النَّصَارَى فِي أَصْلِ دِينِهِمْ حَرُمْنَ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ تَهَوَّدَ نَصْرَانِيٌّ أَوْ عَكْسُهُ لَمْ يُقَرَّ فِي الأَظْهَرِ،

لخروجهم عن دينهم إلى الإسلام (**النصارى في أصل**) أي أصول (**دينهم حرمن**) لكفرهم بكتابهم وإن وافقوهم في الفروع (**وإلا**) أي وإن لم يخالفوهم في ذلك بأن علمنا به، وإن خالفوهم في الفروع (**فلا**) يحرمن لأنهم مبتدعة كما في أهل القبلة من الصنفين فإطلاق الصابئة على من ذكر هو المراد، ويطلق أيضاً على قوم أقدم من النصارى كانوا في زمن إبراهيم ﷺ، قيل: إنهم كانوا يقولون: إن الفلك حي ناطق، ويقولون بأن الكواكب السبعة هي المدبرة فيضيفون الآثار إليها وينفون الصانع المختار، ووجدوا في زمن الأصطخري والمحاملي وأفتيا بقتلهم لما استفتى القاهر الفقهاء فيهم، فبذلوا له أموالاً كثيرة فتركهم، فالبلاء قديم، وظاهر أن هؤلاء لا تحل مناكحتهم ولا ذبيحتهم ولا يقرون بالجزية.

تنبيه: ليس في كلام المصنف ما إذا شككنا أيخالفونهم في الأصول أم الفروع؟ والمجزوم به في الروضة أنهم لا يناكحون (**ولو تهوّد نصراني أو عكسه**) أي تنصر يهودي (**لم يقر**) بالجزية (**في الأظهر**) لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الإِسْلَامِ دِيْناً فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ [آل

= أما من قال: إن الصابئة جماعة تقربت بالأشخاص والأصنام، ونعتهم بأنهم عبدة أصنام فقول: إنما يمكن أن يصدق على فرقة ثالثة منهم اتخذوا أصنامهم على صور الهياكل السبعة، وجعلوها قبلة لعبادتهم، ويحتمل أن يكون القائل إنهم أهل الكتاب يبني رأيه على ما ظهر لهم من دخولهم في النصرانية خيفة البطش بهم مع كتمانهم مذهبهم الأصلي.

ثم إذا ما رجعنا إلى أرباب الملل والنحل نجد أبا الفتح الشهرستاني يقول في كتابه الملل والنحل في بحث

(١) الصابئة: إن مدار مذهب الصابئة على التعصب للروحانيات كما أن مدار مذهب الحنفاء على التعصب للبشر الجسماني» ولعله يعني بذلك أنه أصل مذهبهم الذي امتازوا به أولاً، وحفظوه في صدورهم.

هذا ومن العسير جداً تتبع أطوار مذهب هذه الطائفة لفقدان بعض حلقاتها في بعض الأزمنة والعصور التي مرت عليهم. الأمر الذي يجعل الباحث يركب متن الظن والاحتمال لعدم تمكنه من القطع، ثم إذا ما تصفّحنا كتب المذاهب الفقهية لنتعرف منها أقوال الفقهاء في الصابئة نجد أن الإمام أبا حنيفة يرى أنهم قوم من النصارى يقرءون الزبور، ويعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين للكعبة. لكنهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم. وأما المالكية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية فذهبوا إلى أنهم عبدة أوثان، والشافعية فصلوا فيهم تفصيلاً حاصله أنهم أن وافقوا النصارى في أصل الاعتقاد، وخالفوهم في الفروع فهم منهم، وإن خالفوهم في الاعتقاد ووافقوهم في الفروع أو شُكَّ في ذلك فليسوا منهم، وفي رواية عن الشافعي أنه توقف فيهم ـ ولم يقطع برأي، لأنه رأى ان مذهبهم مشتبه، فعلّق القرار فيهم ـ والحنابلة لهم فيهم قولان ـ قول كأبي حنيفة، وآخر مفصّل كتفصيل الشافعية.

وقد انبنى على الخلاف السابق بين الفقهاء في مذهب الصابئة اختلافهم في مسألتنا.

حكم تزوج المسلم بالصابئة:

فذهب الإمام أبو حنيفة والحنابلة في أحد قوليهم إلى جواز مناكحتهم متى كانوا يؤمنون بنبي ويقرون بكتاب، وذهب الصاحبان من الحنفية والمالكية إلى عدم جواز ذلك، أما الشافعية والحنابلة في قولهم الآخر فذهبوا إلى التفصيل فيهم، فإن كانوا يوافقون أهل الكتاب في أصل دينهم ويخالفونهم في الفروع فهم منهم تحل مناكحتهم، وإن كانوا يخالفونهم في أصل الدين فلا تحل. =

فَإِنْ كَانَتِ امْرَأَةً لَمْ تَحِلَّ لِمُسْلِمٍ، فَإِنْ كَانَتْ مَنْكُوحَتَهُ فَكَرِدَّةِ مُسْلِمَةٍ، وَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا الإِسْلَامُ، وَفِي قَوْلٍ أَوْ دِينُهُ الأَوَّلُ، وَلَوْ تَوَثَّنَ لَمْ يُقَرَّ، وَفِيمَا يُقْبَلُ الْقَوْلَانِ، وَلَوْ تَهَوَّدَ وَثَنِيٌّ أَوْ تَنَصَّرَ لَمْ يُقَرَّ، وَيَتَعَيَّنُ الإِسْلَامُ كَمُسْلِمٍ ارْتَدَّ، وَلَا تَحِلُّ مُرْتَدَّةٌ لِأَحَدٍ، وَلَوِ ارْتَدَّ زَوْجَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ، أَوْ بَعْدَهُ

عمران: ٨٥] وقد أحدث ديناً باطلاً بعد اعترافه ببطلانه فلا يقر عليه كما لو ارتدّ المسلم. والثاني: يقرّ لتساويهما في التقرير بالجزية، وكل منهما خلاف الحق، وليس كالمسلم يرتد؛ لأنه ترك الدين الحق، وصرّح بترجيح هذا في الشرح الصغير. ثم فرع على الأوّل قوله: **(فإن كانت امرأة)** نصرانية تهوّدت أو عكسه **(لم تحل لمسلم)** بناء على أنها لا تقرّ كالمسلمة **(فإن كانت منكوحته)** أي المسلم **(فكردة)** أي فتهوّدها أو تنصرّها كردّة **(مسلمة)** تحته، وسيأتي حكم ردّتها قريباً **(ولا يقبل إلا الإسلام)** للآية المتقدّمة ولما مرّ **(وفي قول)** يقبل منه الإسلام **(أو دينه الأوّل)** لأنه كان مقرّاً عليه، وليس معنى هذا القول أنا نأمره بأحدهما إذ الباطل لا يؤمر به ولا يخير بينه وبين الحق، بل معناه أنا لا نأمره إلا بالإسلام عيناً، فإن لم يسلم وعاد إلى دينه الأول ترك، فإن أبى الإسلام على الأول أو أحد الأمرين على الثاني ألحق بمأمنه إن كان له مأمن كمن نبذ العهد، ثم بعد ذلك هو حربي إن ظفرنا به قتلناه، فإن قيل: من فعل ما ينتقض به عهده من قتال ونحوه لم يبلغ المأمن بل يقتل فهلا كان هذا كذلك؟. أجيب بتعدي ضرر من نبذ العهد بما ذكر إلينا بخلاف المنتقل ضرره على نفسه.

تنبيه: محل عدم قبول غير الإسلام فيما بعد عقد الجزية كما بحثه الزركشي، أما لو تهوّد نصراني بدار الحرب ثم جاءنا وقبل الجزية فإنه يقرّ لمصلحة قبولها **(ولو توثن)** يهودي أو نصراني أو مجوسي **(لم يقر)** بالجزية قطعاً لما مرّ **(وفيما يقبل)** منه **(القولان)** السابقان أظهرهما الإسلام فقط. والثاني هو أو دينه الأول. فإن كانت امرأة تحت مسلم فكردّة مسلمة فيما يأتي **(ولو تهوّد وثني أو تنصر لم يقرّ)** بالجزية **(ويتعين الإسلام)** في حقه **(كمسلم ارتد)** فإنه يتعين في حقه الإسلام، فإن أبى قتل في الحال كما هو قضية كلام المصنف كالشرح والروضة خلافاً لما بحثه الأذرعي من أنه يكون حاله كما كان قبل الانتقال حتى لو كان له أمان لم يتغير حكمه بذلك **(ولا تحل مرتدة لأحد)** لا لمسلم؛ لأنها كافرة لا تقرّ ولا لكافر أصلي لبقاء علقة الإسلام ولا لمرتد؛ لأن القصد من النكاح الدوام، والمرتد لا دوام له **(ولو ارتد زوجان)** معاً **(أو أحدهما قبل دخول)** حيث لا عدّة باستدخال منيّ الزوج المحترم **(تنجزت الفرقة)** بينهما لعدم تأكده بالدخول أو ما في معناه، وحكى الماوردي فيه الإجماع **(أو بعده)** أي الدخول أو ما في

= تمسك من قال بالحل: بأن الصابئة كأهل الكتاب إلا أنهم خالفوهم في بعض الفروع، فلا يكون ذلك مانعاً لهم من أخذهم حكمهم في حل نسائهم، ولا تكون مخالفتهم مخرجة لهم من دائرتهم، فهم أشبه بأهل البدع من المسلمين لم تكن بدعتهم مانعة لهم من صدق الإسلام عليهم واعتبارهم مسلمين. وتمسك القائل بالتحريم: بأنهم كالمشركين في عبادتهم الأصنام فتحرم نساؤهم؛ لأن المشركات محرمات بالنص. =

وَإِلاَّ فَالْفُـرْقَةُ مِنَ الـرِّدَّةِ، وُقِفت(١)، فَـإِنْ جَمَعَهُمَـا الإِسْلَامُ في الْعِدَّةِ دَامَ النِّكَاحُ،

بما ذكر (وإلا) بأن لم يجمعهما (فالفرقة) بينهما تتبين (من) حين (الردّة) منهما أو من أحدهما؛ معناه (وقفت) تلك الفرقة، وحينئذ (فإن جمعهما الإسـلام في العدة دام النكـاح)بينهما لتـأكده

راجع فيما سبق، الملل والنحل للشهرستاني جـ ٢ ص ٩٥؛ والبدائع جـ ٢ ص ٢٧١؛ المغني لابن قدامة جـ ١ ص ٥٠١؛ وحواشي التحفية جـ ٧ ص ٣٢٦؛ والبيجرمي جـ ٣ ص ٢٧٥.

(١) إذا ارتد أحد الزوجين بأن ترك دين الإسلام، ودخل في دين الكفر فقد اتفق الفقهاء على أن الردة تبطل عقد الزواج بينهما، وتكون سبباً في وقوع الفرقة.
ولكنهم اختلفوا في وقت وقوعها والحكم بانفساخ العقد.
فالحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين عندهم قائلون بتعجيل الفرقة بمجرد الارتداد من أحـدهما زوجاً كان أو زوجة حصل دخول أولا.
وذهب الشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى إلى أن الردة إذا كانت قبل الدخول تتعجل الفـرقة بهـا ويبطل العقد.
وإذا كانت بعد الدخول توقف النكاح ومنع الزوج من قربان الزوجة حتى تمام العدة، فإن لم يرجع المرتد حتى تمت العدة وقعت الفرقة من حين حدوثها، وإن رجع وجمعها إسلام في العدة بقي النكاح على حاله.
وقال ابن أبي ليلى: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول حتى يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإلا فلا.
استدل ابن أبي ليلى:
بأن الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين كالفرقة بإسلام أحدهما لأن كلا الفرقتين بسبب اختلاف دين طارىء على العقد، وفيما إذا أسلم أحد الزوجين لا تقع الفرقة إلا بإباء المتأخر عن الإسلام بعد عرضه عليه، فكذا لا تقع الفرقة بالردة حتى يطلب منه الرجوع عن ردته فيمتنع، فإنه في الحـالين يظهـر من حال المتـأخر عـدم إرادة الإمساك بالمعروف، وتنعدم مقاصد النكاح فتقع الفرقة، والمرأة إذا ارتدت واستتيبت فلم تتب صارت منابذة لملة زوجها، فيتعذر عليه إمساكها، فأوجب ذلك وقوع الفرقة.
ونوقش: بالفرق بين الفرقة بالردة وبإسلام أحدهمـا؛ لأن الردة مـا أوجبت الفرقـة إلا لكونها فوتت مقـاصد النكاح، فإن المرتد مستحق للقتل المفوت لما شرع له وهو بقاء النسل؛ وبهذا كانت منفية للنكاح، واعتراض المنافي عليه مـوجب للفرقـة في الحال لعـدم احتمال المنـافي للتراخي كـالمحرميـة، بخلاف إسـلام أحد الزوجين؛ لأن الإسلام غير مناف للنكاح بل هو مفيد له.
واستدل الشافعي ومن معه: أولاً: بأن اختلاف الدين بالردة المقصود بها منابذة بالملة إذا طرأ على النكاح قبل الدخول كان تأثيره أكبر مما لو طرأ عليه بعده إذ في الأول النكاح غير متأكد، فطروء الردة عليه موجب للفرقة في الحال، وفي الثاني وهي ما إذا طرأت الردة على النكاح بعد الدخول هو متأكد، فاستدعى ذلك سبباً آخر تضاف إليه الفرقة، وليس هناك وراء الردة إلا الانتظار إلى انقضاء العدة؛ لأنها المعتبـرة شرعـاً، فينتظر إلى تمامها، فإن مضت بدون رجوع من المرتد عن ردته وقعت، وإن رجع فيها بقي النكاح.
ونوقش: بأن اختلاف الدين بالردة إما أن يكون سبباً موجباً للفرقـة في الحال أولا، فـإن كان الأول يستـوي الحكم فيما قبل الدخول وبعده، ولا حاجة إلى الانتظار فيمـا بعده إلى انقضـاء العدة. وإن كـان الثاني لم يحكم بوقوع الفرقة قبل الدخول لكن الاتفاق حاصل على وقوعها في الحال إذا كانت الردة قبل الـدخول، فأوجب هذا كون اختلاف الدين بالردة سبباً، وإذا كان كذلك استوى فيه ما قبل الدخول بما بعده، ولا وجه للتفرقة.
واستدل الحنفية ومن معهم: أولاً: إن الردة بمنزلة الموت لكونها مفضية إليه، وموجبة لـه عند عـدم التوبـة =

وَيَحْرُمُ الْـوَطْءُ في التَّوَقُّفِ وَلَا حَدَّ.

بَابُ نِكَاحِ الْمُشْرِكِ

لأنه اختلاف دين بعد المسيس، فلا يوجب الفسخ في الحال كإسلام أحد الزوجين الكافرين الأصليين **(ويحرم الوطء في)** مدّة **(التوقف)** لاحتمال انقضاء العدّة قبل اجتماعهما في الإسلام فيتبين انفساخ النكاح من وقت الردّة، وحصول الوطء في البينونة **(و)** لكن لو وطىء **(لا حدّ)** عليه للشبهة وهي بقاء أحكام النكاح وتجب العدّة منه، وهما عدتان من شخص واحد كما لو طلق زوجته رجعياً ووطئها في العدة ولها مهر مثل، فإن جمعهما الإسلام في العدّة فالنص هنا السقوط، وفي الرجعية إذا وطئها ثم راجعها لم تسقط، والفرق أن شعث الردّة زال بالإسلام، ورجع النكاح إلى ما كان عليه بخلاف الرجعة لنقصان عدد الطلاق.

تتمة: إذا طلقها في زمن التوقف أو ظاهر منها أو آلى، فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها تبينا صحتها وإلا فلا وليس للزوج أن ينكح أختها، ولا أربعاً سواها في زمن التوقف، ولا أن ينكح أمة لاحتمال إسلامها، ولو طلقها ثلاثاً في مدّة التوقف أو خالعها جاز ذلك؛ لأنها إن لم تعد إلى الإسلام فقد بانت بالردّة، وإلا فبالطلاق أو الخلع.

خاتمة: في الشرح والروضة قبيل الصداق عن فتاوى البغوي، أنه إذا كان تحته مسلمة وذمية لم يدخل بهما فقال للمسلمة ارتددت. وقال للذمية أسلمت فأنكرتا ارتفع نكاحهما بزعمه؛ لأنه زعم أن المسلمة ارتدت وحرمت، وأن الذمية أسلمت وأنكرت، فصارت مرتدة بإنكارها وحرمت، أما بعد الدخول فيوقف النكاح إلى انقضاء العدّة.

بَابُ نِكَاحِ الْمُشْرِكِ

وهو الكافر على أي ملة كان، كتابياً كان أو غيره، وقد يطلق على ما يقابل الكتابي كما في قوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ﴾ [البينة. ١] ولذا قال

= والرجوع، والموت مفوت لمحلية النكاح في الحال لمنافاته لها، فكذا الردة لكونها منافية له أيضاً، والمنافي لا يحتمل التراضي فتقع الفرقة في الحال.

ونوقش: بالفرق بين الردة والموت، فإن المرتد قد يرجع عن ردته بخلاف الميت لجريان العادة بعدم إرجاعه إلى الحياة إذا أراد.

وأجيب: بأن هذا الاحتمال لا يمنع أن يعمل المنافي المحقق وجوده عمله حتى يحكم ببقاء النكاح، وكيف يبقى مع زوال المحلية ثم كون المرتد قد يرجع عن ردته لا ينفي عمل المنافي عمله. والمرتد إن تاب فلا مانع من أن يرجع إلى امرأته بنكاح جديد وعقد جديد.

انظر فتح القدير على الهداية ٢/٥١٤، مغني ابن قدامة ٧/٥٦٤، الحطاب ٣/٤٧٩، منح الجليل ٢/٧١، المبسوط للسرخسي ٥/٤٨، بدائع الصنائع ٢/٣٣٧.

أَسْلَمَ كِتَابِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ وَتَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ دَامَ نِكَاحُهُ أَوْ وَثَنِيَّةٌ أَوْ مَجُوسِيَّةٌ فَتَخَلَّفَتْ قَبْلَ دُخُولٍ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ، أَوْ بَعْدَهُ وأَسْلَمَتْ في الْعِدَّةِ دَامَ نِكَاحُهُ، وَإِلَّا فَالْفُرْقَةُ مِنْ أَسْلَامِهِ، وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَصَرَّ فَعَكْسُهُ،

البلقيني: إن المشرك والكتابي كما يقول أصحابنا في الفقير والمسكين إن جمع بينهما في اللفظ اختلف مدلولهما، وإن اقتصر على أحدهما تناول الآخر اهـ فإن قيل كيف يطلق على الكتابي مشرك وهو يعبد الله تعالى ولكنه لا يؤمن بنبينا ﷺ؟. أجيب بأنه لما كان لا يؤمن بالنبي ﷺ فكأنه يعبد من لم يبعثه فهو مشرك بهذا الاعتبار، ومن الإطلاق الأول قوله: **(أسلم)** كافر **(كتابي أو غيره)** كمجوسي ووثني **(وتحته كتابية)** حرّة أو ثنتان في عبد أو أربع في حرّ يحل له ابتداء العقد على كل من ذلك **(دام نكاحه)** بالإجماع لجواز نكاح المسلم لمن ذكر **(أو)** أسلم وتحته **(وثنية أو مجوسية)** أو كتابية لا يحل له ابتداء العقد عليها أو غيرها من الكافرات التي لا يحل لمسلم نكاحها **(فتخلفت قبل دخول)** بها، واستدخال منيّ محترم **(تنجزت الفرقة)** بينهما؛ لأن النكاح غير متأكد بدليل أنها تبين بالطلقة الواحدة **(أو بعده)** أي دخول بها، وما في معناه مما مرّ **(وأسلمت في العدّة)** ولو تبعاً **(دام نكاحه)** لما رواه أبو داود عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما: «أن امرأة أسلمت على عهد رسول الله ﷺ فتزوّجت فجاء زوجها. فقال يا رسول الله: إني كنت أسلمت وعلمت بإسلامي فانتزعها رسول الله ﷺ من زوجها وردّها إلى زوجها الأوّل» **(وإلا)** بأن أصرّت إلى انقضائها **(فالفرقة)** بينهما حاصلة (من) حين **(إسلامه)** أما الأمة فسيأتي حكمها **(ولو أسلمت)** زوجته **(وأصرّ)** الزوج على كفره **(فكعكسه)** هو ما لو أسلم وأصرّت هي، وقد علم حكمه، لما روي الشافعي رضي الله تعالى عنه: أن صفوان ابن أمية وعكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام أسلمت زوجة كل منهم قبله، ثم أسلم بعدها بنحو شهر، واستقرّوا على النكاح، قال: وهذا معروف عند أهل العلم بالمغازي[1].

(١) إذا كان أحد الزوجين في دار الإسلام بذمة أو أمان، فأسلم دون زوجته الذي بدار الحرب أو كان الزوجان مقيمين بدار الحرب فأسلم أحدهما وهاجر إلى دار الإسلام، فقد اختلف الفقهاء في حكم عقد الزواج الذي بينهما.
فذهب الجمهور مالك والشافعي وأحمد إلى القول بعدم وقوع الفرقة إلا إذا انقضت العدة بدون إسلام من المتأخر منهما.
وذهب الحنفية إلى أن تباين الدار بين الزوجين موجب لقطع العصمة، فتقع الفرقة بينهما في الحال.
استدل الجمهور: أولاً:
بما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس قال: «رد رسول الله ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بالنكاح الأول لم يحدث شيئاً». وفي رواية بعد ست سنين، وفي رواية بعد سنين.
دلت هذه الروايات على أن اختلاف الداريين الزوجيين بعد إسلام أحدهما غير موجب لتعجيل الفرقة، فإن رسول الله لم يوقعها بين زينب ابنته وزوجها مع أنها أسلمت واستقرت بالمدينة، وهي دار إسلام قبل زوجها =

وَلَوْ أَسْلَما مَعاً دَامَ النِّكاحُ،

تنبيه: لا فرق هنا بين الكتابي وغيره، ولهذا لم يقيده بخلاف الزوجة **(ولو أسلما معاً)** على أي كفر كان قبل الدخول أو بعده **(دام النكاح)** بالإجماع كما نقله ابن المنذر وابن

= أبي العاص الذي مكث بمكة كافراً، وهي دار حرب حينئذ.
بل الذي حدث أن الرسول عند إسلام أبي العاص رد عليه زوجته بدون تجديد للنكاح بينهما، فكان دليلاً واضحاً على عدم وقوع الفرقة في الحال.
ونوقش: بأن الحديث في سنده محمد بن إسحاق، وقد تقدم ما فيه وعلى فرض صحته فقد قال ابن الهمام: إذا أمكن الجمع فهو أولى من إهدار أحد الحديثين، وذلك بحمل قوله: على النكاح الأول على معنى بسبب كونه سابقاً مراعاة لحرمته كما يقال: ضربته على إساءته أي بسبب إساءته.
وقيل: إن معنى ردها بالنكاح الأول على مثل النكاح الأول لم يحدث زيادة في الصداق، وهو تأويل حسن، وقال الخطابي في حديث ابن عباس: إن صح فيحتمل أن تكون عدة زينب تطاولت لاعتراض سبب من الأسباب حتى بلغت المدة المذكورة.
واستدلوا ثانياً: بما رواه البيهقي عن الشافعي عن جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغازي وغيرهم عن عدد مثلهم أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وامرأته هند بنت عتبة كافرة بمكة، ومكة يومئذ دار حرب، وكذلك حكيم بن حزام ثم أسلمت المرأتان بعد ذلك، وأقر النبي ﷺ النكاح.
وجه الدلالة: أن أبا سفيان بن حرب حين أسلم كان بمر الظهران، وهي دار إسلام، وكذلك حكيم بن حزام، وبقيت زوجتاهما على كفرهما بمكة التي كانت حينئذ دار حرب إذ لم تكن فتحت، ومع هذا لم يوقع رسول الله الفرقة بينهما في الحال. مع أن الدار تباينت بينهما، والذي صح نقله أنه لما أسلمت المرأتان بعد أن أقرهما على النكاح الأول، فدل هذا على أن لاَ أَثَرَ لتباين الدارين في تعجيل الفرقة.
ونوقش: بأن المكان الذي أسلم به كل من أبي سفيان وحكيم كان من سواد مكة وتابعاً لها، فقد كان على مرحلة منها، وبذا يخرج الدليل عن محل النزاع.
أو أن أبا سفيان لم يكن أسلم إسلاماً صادقاً، وإنما كان في استخارة الرسول لما شفع له عمه العباس، ويؤيده قول أبي سفيان يوم حنين حين انهزم المسلمون أول الأمر بلسان الشامت المتشفي: «لا نرجع هزيمتهم إلى البحر»، وإنما حسن إسلامه بعد الفتح.
ويقال: إن الذي أسلم يومئذ إسلاماً صادقاً هو أبو سفيان بن الحارث.
واستدلوا ثالثاً:
بما روي ابن سعد في الطبقات عن مالك بن أنس عن الزهري أن أم حكيم بنت الحارث بن هشام كانت تحت عكرمة بن أبي جهل، فأسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها عكرمة بن أبي جهل حتى قدم اليمن فرحلت إليه امرأته باليمن، ودعته إلى الإسلام، وقدم على رسول الله ﷺ حتى بايعه، فثبتا على نكاحهما.
وما روي بهذا الإسناد أن صفوان بن أمية أسلمت امرأته ابنة الوليد بن المغيرة زمن الفتح، فلم يفرق النبي ﷺ واستقرت عنده حتى أسلم صفوان، وكان بين إسلامهما نحو من شهر اهـ مختصراً.
دلت الروايتان على إقرار الرسول لزوجتي صفوان وعكرمة على نكاحهما بعد إسلام الزوجين قبلهما وتباين الدار بينهما؛ إذ كانت مكة دار إسلام وقتئذ لفتح الرسول لها، وكان الطائف والساحل دار حرب، فلو كان تباين الدار وإسلام أحد الزوجين موجباً للفرقة في الحال لما أقر الرسول نكاحهما بعد تأخر إسلام الزوج بشهر، ولجدد النكاح بينهما. =

عبد البر، ولأن الفرقة تقع باختلاف الدين ولم يختلف دينهما في الكفر ولا في الإسلام

= ونوقش: بأن الروايتين من رواية ابن شهاب ومن مراسيله، وهي لا يحتج بها. قال ابن حزم في صدد الكلام عليها: وأين للمستدلين أن الزوجين بقيا على نكاحهما الأول ولم يجددا عقداً، وهل جاء ذلك قط بإسناد صحيح متصل إلى النبي ﷺ أنه عرف ذلك فأقره.
ويقال: إن الهرب كان إلى حدود مكة وسوادها، فلم يحصل تباين في الدار، فلا تصلح للاستدلال.
واستدلوا رابعاً:
بأن عقد النكاح عقد معاوضة بدليل عدم صحة تعليقه على شرط مستقبل شأن سائر عقود المعاوضات، فلا ينفسخ باختلاف الدار كسائر عقود المعاوضات من البيع والإجارة وغيرها.
ونوقش: بأن قياس النكاح على غيره من عقود المعاوضات المحضة قياس مع الفارق، فإن الثمن في البيع مثلاً هو المقصود الأصلي منه وهو مال غير متأثر بتباين الدار، فأكثر البياعات تكون بين مختلفي الدار، أما النكاح فلما كان المقصود الأصلي منه هو التناسل والتوالد دون المال، وهو لا يتم إلا عند اتحاد الدار تفارق غيره من المعاوضات الأخرى.
واستدل الحنفية: أولاً:
بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهم فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾.
دل قوله: ﴿فلا ترجعوهن إلى الكفار﴾ على أن الفرقة تقع بين الزوجة المهاجرة إلينا مسلمة. وبين زوجها الذي تركته بدار الحرب كافراً؛ لأن الأمر لعدم إرجاعها إليه دليل على قطع النكاح بينهما ووقوع الفرقة بهجرتها.
كما دل قوله: ﴿لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾ على عدم الحل بين الزوجين متى اختلفت الدار بينهما واختلف دينهم، وذلك مفيد لقطع النكاح بينهما الذي كان سبباً في الحل.
وأيضاً دل قوله: ﴿وآتوهم ما أنفقوا﴾ على الأمر برد الزوجة المهاجرة مهرها لزوجها الكافر الذي اختار الإقامة بدار الحرب، والذي يعقل من ذلك هو انقطاع الزوجية بينهما وخروج المرأة عن أن تكون في عصمة هذا الزوج لئلا يجتمع العوضان في جهة واحدة.
ودل قوله: ﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن﴾ على حل المهاجرات بدينهن للمؤمنين الذين بدار الإسلام من غير اشتراط شيء سوى إتيانهن المهور، وذلك دليل أيضاً على عدم بقاء النكاح الأول إذ لو كان باقياً لشرط سبحانه مضي عدة مثلاً أو استبراء.
ودل قوله: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ على نهي المؤمنين أن يجعلوا الكافرة في عصمتهم،وهذايتحقق فيما لو أسلم الزوج وهاجر إلى دار الإسلام تاركاً زوجته بدار الحرب، فأفاد انقطاع العصمة بينهما؛ لأن العصمة معناها المنع قال تعالى: ﴿لا عاصم اليوم﴾ أي لا مانع، وعليه فالزوجة أو الزوج متى أسلم، وتباينت الدار بينهما وقعت الفرقة في الحال.
ونوقش: بأن الفرقة ما وقعت بسبب تباين الدار بل بسبب إسلامها، وكذا سائر الأحكام المذكورة.
وأجيب: بمنع ذلك إذ لو كان الإسلام هو السبب للفرقة لكان الحكم هو الانتظار إلى ما بعد تمام العدة، فلا تباح للأزواج إلا بعدها، وليس كذلك، فإنه أباح الشارع للمرأة الزواج في الحال إلا إذا كانت حاملاً، فلما كان الحكم كذلك علم أن السبب شيء آخر وراء الإسلام هو تباين الدار.
واستدلوا ثانياً:
بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ابنته زينب على أبي العاص بمهر جديد ونكاح جديد. =

والمَعِيَّةُ بِـآخِرِ اللَّفْظِ،

(والمعية) في الإسلام **(بآخر اللفظ)** الذي يصير به مسلماً بأن يقترن آخر كلمة من إسلامه بآخر كلمة من إسلامها سواء أوقع أوّل حرف من لفظهما معاً أم لا، وإسلام أبوي الزوجين الصغيرين أو المجنونين أو أحدهما كإسلام الزوجين أو أحدهما، وإن أسلمت الزوجة البالغة وأبو زوجها الصغير أو المجنون معاً ولم يدخل بها بطل نكاحه، كما قاله البغوي لترتب إسلامه على إسلام أبيه فقد سبقته بالإسلام، وإن أسلمت عقب إسلام الأب ولم يدخل الصغير أو المجنون بها بطل النكاح كما قاله البغوي أيضاً؛ لأن إسلام الصغير أو المجنون يحصل حكماً، وإسلامها يحصل بالقول، والحكميّ يكون سابقاً للقوليّ فلا يتحقق إسلامهما معاً. قال الأذرعي: وما قاله البغوي قاله أيضاً المتولي والقاضي والخوارزمي. وقال البلقيني ما قاله البغوي في ذلك هو

= دل الحديث على أن تباين الدار بين الزوجين موجب للفرقة وانقطاع النكاح. فإن زينب كانت بدار الإسلام وزوجها كان بدار الحرب، وكانت أسلمت قبله، وجدد الرسول بينهما النكاح بعد إسلامه، ولم يردَّها عليه بالنكاح الأول فكان هذا دليلاً على وقوع الفرقة في الحال عند تباين الدار بعد إسلام أحد الزوجين.
ونوقش: بأن حديث عمرو بن شعيب أخرجه ابن ماجة، وفي إسناده حجاج بن أرطاة، وهو متكلم فيه بأنه لم يسمعه من عمرو بن شعيب إنما سمعه من محمد بن عبدالله العرزمي، والعرزمي لا يساوي حديثه شيئاً قاله ابن كثير في الإرشاد، وقال البيهقي: كان الشافعي يتوقف في رواية ابنه عن جده إذا لم ينضم إليها ما يؤكدها؛ لأنه قال في روايته عنه: أبيه عن جده إنها صحيفة كتبها عبدالله بن عمرو كما أنهم قد اختلفوا في الاحتجاج بما يروى بهذا الإسناد، بسبب غير هذا، وذلك أن عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص، فجده الأدنى تابعي، والأعلى صحابي هو عبدالله، فإن أريد بجده: «الأدنى» فهو مرسل لا حجة فيه، وإن أريد بجده «الأعلى» فهو متصل يحتج به، فإذا أطلق ولم يبين احتمل الأمرين، وقد ذهب جماعة من المحدثين إلى أنه لا يحتج به كما أنه معارض بحديث ابن عباس الذي سبق تباينه.
وأجيب: بأن الطعن في السند غير صحيح؛ لأنه جرح مبهم، وقد وثق هذا السند أهل النقل حتى خرج له مسلم، وذهب أكثر المحدثين إلى صحة الاحتجاج به قال النووي: وهو الصحيح المختار.
روى الحافظ عبد الغني بن سعيد المصري بإسناده عن البخاري أنه سئل: أيحتج به؟ قال: رأيت أحمد بن حنبل وعلي المديني والحميدي يحتجون به، وما تركه أحد من المسلمين بعدهم، وروى عن إسحاق بن راهويه أنه قال: عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده كأيوب عن نافع عن ابن عمر هذا الشبه في نهاية الجلال من مثل إسحاق، واختار أبو إسحاق الرازي في مهذبه ذلك؛ لأنه ظاهر الجد الأشهر المعروف بالرواية وهو عبدالله، وعمرو بن شعيب ومحمد ثقات، وقد ثبت سماع شعيب من محمد ومن عبدالله، وأبطل المحدثون قول أبي حاتم بن حيان لم يلق عبدالله، وقال البيهقي: وقد ذكرنا ما يدل على صحة عمرو بن شعيب من أبيه وسماع أبيه من جده عبدالله بن عمرو.
أما رواية ابن عباس فمتروكة الظاهر كما قدمنا لاضطراب النقل فيها؛ ولأن من تمسك بها لا يرى بقاء النكاح بعد انقضاء عدة المرأة قبل إسلام المتأخر منهما، على أن العمل على حديث عمرو بن شعيب وإن كان حديث ابن عباس أجود إسناداً كذا روى الترمذي قال: سمعت عبد بن حميد يقول: سمعت يزيد بن هارون يقول ذلك.
واستدلوا ثالثاً:
بأن تباين الدار بين الزوجين يجعل المرأة بحال تتمكن معها من استرقاق زوجها؛ لأن من غلب من المسلمين =

وَحَيْثُ أَدَمْنَا لَا تَضُرُّ مُقَارَنَةُ الْعَقْدِ لِمُفْسِدٍ هُوَ زَائِلٌ عِنْدَ الإِسْلَامَ وَكَانَتْ بِحَيْثُ تَحِلُّ لَهُ الآنَ،

الفقه (**وحيث أدمنا**) أي حكمنا بدوام النكاح بينهما (**لا تضرّ مقارنة العقد**) أي عقد النكاح الواقع في الكفر (**لمفسد هو زائل عند الإسلام**) واعتقدوا صحته (**وكانت**) تلك الزوجة (**بحيث تحلّ له الآن**) لو ابتدأ نكاحها؛ لأن الشروط لا تعتبر حال نكاح الكافر فلتعتبر حال الالتزام بالإسلام لئلا يخلو العقد عن شروطه في الحالين معاً، ويكفي الحلّ في بعض المذاهب كما

= على شيء في دار الحرب ملكه، حتى لو غلب العبد على سيده صار في ملكه، وصار سيداً له، وصيرورة المرأة غالبة لزوجها مبطل للنكاح، لأنه كملكها لرقبته، والأخير مبطل في الحال فكذا الأول.

ونوقش: بأن الغلبة في دار الحرب إنما تكون على الأعيان لتصور الاستيلاء عليها، أما الأبضاع فغير ممكن الغلبة عليها، ولهذا لو أن مسلماً تغلب على مشركة لم تصر له زوجة، ولا يكون زوجاً لها، ولو حصل ملك لها وتغلب على رقبتها.

وأجيب: بأن المانع من التغلب على الأبضاع هو أمر خارجي، وإلا فمالك الرقبة مالك لمنافعها والبضع من ضمنها، وكون المشركة لا تحل للمسلم إذا ملكها ناشيء من وجود مانع فيها هو شركها لا لذاتها.

واستدلوا رابعاً:

بأن تباين الدار بين الزوجين مفوت لمقاصد النكاح، وكل ما من شأنه ذلك موجب لوقوع الفرقة في الحال، إذ يكو الزوجان بحال يتعذر معها انتظام التعاون المنشود، فكان كاعتراض المحرمية بسبب الرضاع، وتقبيل ابن الزوج بشهوة، والأخيران تقع بهما الفرقة في الحال، فكذا تباين الدار إذ يجمع الكل وصف واحد، وهو المنافاة للنكاح الطارئة عليه.

ونوقش: بأن تأثير اختلاف الدار إنما يتحقق في انقطاع الولاية وعدم السيادة وهما لا يوجبان انقطاع النكاح، وليس لهما تأثير في الفرقة، ولا تنجيزها بين الزوجين، ولهذا لو أسلمت المرأة في دار الحرب وبقي زوجها المستأمن بدار الإسلام لا تقع الفرقة بينهما بمثل هذا التباين، وكذا لو دخل زوج المسلمة دار الحرب بأمان لا يكون هذا سبباً في انقطاع النكاح الذي بينهما، وأيضاً لو كان لانقطاع الولاية تأثيراً على النكاح لوقعت الفرقة بين الزوجين أحدهما باغ والآخر عادل، وليس كذلك.

وأجيب: بأن الفرقة لم تكن مترتبة على انقطاع الولاية، وإنما ثبتت لفوات مقاصد النكاح، وإذ كان النكاح مشروعاً لمقاصده يفوت بفواتها الذي سببه تباين الدار بين الزوجين حيث لا يتمكن كل منهما من الانتفاع بالآخر عادة، فإن وجود أحدهما بدار الحرب جعله في حكم الميت بالنسبة لمن في دار الإسلام. دل على ذلك قسمته ماله بين ورثته، وبالموت الحقيقي تنقطع العصمة في الحال، فكذا من في حكمه.

والتنظير بمن خرج بأمان إلى دار الإسلام، وأسلمت زوجته بدار الحرب ليس بصحيح؛ لأن المستأمن من أهل الدار التي خرج إليهما حكماً لا حقيقة إذ هو متمكن من الرجوع إليها متى شاء، ومثله إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان؛ لأنه من أهل دار الإسلام حكماً.

أما منعة أهل البغي فالخروج إليها خروج إلى دار الإسلام لأنها منها، وأهلها مسلمون مختلطون بأهل العدل، فلا تباين في الدار، فلا يصح التنظير.

الحاوي الكبير ج١٠ للماوردي، مغني ابن قدامة ٥٣٩/٧، الباجي على الموطأ ٢٩٤/٣، المبسوط للسرخسي ٥١/٥، نيل الأوطار ١٦٢/٦.

وَإِنْ بَقِيَ الْمُفْسِدُ فَلَا نِكَاحَ فَيُقَرُّ بِلَا وَلِيٍّ وَشُهُودٍ، وَفِي عِدَّةٍ هِيَ مُنْقَضِيَةٌ عِنْدَ الإِسْلَامِ، وَمُؤَقَّتٍ، إِنِ اعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّداً، وَكَذَا لَوْ قَارَنَ الإِسْلَامَ عِدَّةُ شُبْهَةٍ عَلَى المَذْهَبِ،

ذكره الجرجاني، فإن اعتقدوا فساده وانقطاعه فلا تقرير بل يرتفع النكاح، وإنما حكمنا بالاستمرار مع اقتران المفسد بالعقد تخفيفاً بسبب الإسلام **(وإن بقي المفسد)** المذكور عند الإسلام بحيث تكون محرّمة عليه الآن بنسب أو رضاع أو بينونة ثلاثاً أو نحو ذلك أو زال عنده واعتقدوا فساده كما مرّ **(فلا نكاح)** يدوم بينهما، وأفهم كلامه أن المفسد الطارىء بعد العقد لا يضرّ، وهو كذلك إلا في رضاع أو جماع رافعين للنكاح. ثم فرّع المصنف على المفسد الزائل عند الإسلام بقوله: **(فيقرّ)** تخفيفاً **(في نكاح بلا وليّ و)** لا **(شهود)** وبلا إذن ثيب أو بكر، والوليّ غير أب أو جدّ، إذ لا مفسد عند الإسلام، ونكاحها الآن جائز **(و)** يقرّ أيضاً في نكاح وقع **(في عدّة)** للغير ولو بشبهة، و **(هي منقضية عند الإسلام)** لأنها حينئذ يجوز ابتداء نكاحها، وخرج بالمنقضية ما إذا كانت باقية فإنه لا يقرّ لبقاء المفسد، وصرّح به في المحرّر، ولو راجعها في القرء الرابع واعتقدوه صحيحاً أقرّ لانتفاء المفسد عند الإسلام **(و)** على نكاح **(مؤقت إن اعتقدوه مؤبداً)** ويكون ذكر الوقت لغواً، وهذا كاعتقادنا مؤقت الطلاق مؤبداً. أما إذا اعتقدوه مؤقتاً فلا كما صرّح به في المحرّر فإنه عندنا باطل، وإنما يحتمل مثله حملاً على اعتقادهم وهم لا يعتقدون تأبيده، وسواء أسلما قبل تمام المدّة أم بعدها؛ لأن قبل المدّة يعتقدونه مؤقتاً، ومثله لا يجوز ابتداؤه، وبعدها لا نكاح في اعتقادهم، ولو غصب كافر غير ذميّ امرأة كافرة غير ذمّية وهم يعتقدون غصبها نكاحاً أقرّ إقامة للفعل مقام القول، وإن غصب ذميّ ذمّية واتخذها زوجة فإنهم لا يقرّون وإن اعتقدوه نكاحاً؛ لأن على الإمام دفع بعضهم عن بعض، وهذا مقيد كما قاله ابن أبي هريرة بما إذا لم يتوطن الذميّ دار الحرب وإلا فهو كالحربيّ، إذ لا يجب الدفع عنه حينئذ. ويؤخذ من التعليل أنه لو غصب الحربيّ ذمّية أو الذميّ حربية واعتقدوه نكاحاً أنه يقرّ في الثانية، وبه صرّح في شرح الإرشاد دون الأولى، وبه صرّح البلقيني؛ لأن على الإمام أن يدفع أهل الحرب عن أهل الذمة ولا عكس، وكالغصب فيما ذكر المطاوعة كما صرح به في التنبيه **(وكذا لو قارن الإسلام عدّة شبهة)** بعد العقد بأن وقعت في دوام النكاح كأن أسلم رجل فوطئت زوجته بشبهة ثم أسلمت أو أسلمت فوطئت بشبهة زمن التوقف ثم أسلم في العدّة فلا يؤثر ذلك في النكاح **(على المذهب)** المنصوص وإن كان لا يجوز ابتداء نكاح المعتدّة؛ لأن عدّة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم، فهذا أولى لأنه يحتمل في أنكحة الكفار ما لا يحتمل في أنكحة المسلمين، وفي وجه من الطريق الثاني لا يقر عليه كما لا يجوز نكاح المعتدّة. أما الشبهة المقارنة للعقد كأن نكح معتدّة عن شبهة ثم أسلم في أثناء عدّتها فلا يقر النكاح معها؛ لأن المفسد قائم عند الإسلام، ونقل الشيخان عن الرقم أنه يقر؛ لأن الإسلام لا يمنع الدوام مع عدّة الشبهة، بخلاف عدّة النكاح. قالا ولم يتعرض الجمهور لهذا الفرق، وأطلقوا اعتبار التقرير بالابتداء اهـ أي فلا فرق بين عدّة الشبهة والنكاح، وهو المعتمد. فإن قلت: كيف

لَا نكـاحُ مَحْـرَمٍ ،ولـوْ أَسْلَمَ ثُمَّ أَحْـرَمَ ثُمَّ أَسْلَمَتْ وهُـوَ مُحْـرِمٌ أُقِـرَّ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ نَكَـحَ حُرَّةً وأَمـةً وأَسْلَمُوا تَعَيَّنَتِ الحُـرَّةُ وانْدَفَعَتِ الأَمَـةُ عَلَى المَذْهَبِ، ونِكاحُ الْكُفَّارِ صَحِيحٌ عَلَى الصَّحِيحِ ، وقِيلَ فَاسِـدٌ، وقِيلَ إنْ أَسْلَمَ وَقُـرِّرَ تَبَيَّنَّا صِحَّـتَـهُ وَإِلَّا فَـلَا،

تتصوّر الشبهة بين الإسلاميين فإن أحد الزوجين إذا أسلم شرعت الزوجة في عدّة النكاح. وهي مقدّمة على عدّة الشبهة إذا لم يكن في عدّة الشبهة حمل كما سيأتي في العدد، فـإسلام الآخـر يكون في عدّة النكاح لا في عدّة الشبهة. أجيب بأنا لا نقطع بكونها عـدّة نكاح لجـواز أن يسلم المتخلف فيتبين أن الماضي منها ليس عدّة نكاح بل عدّة شبهة.

تنبيه: محل ما ذكره المصنف ما إذا كان وطء الشبهة لا يحرمهـا عليه، فـإن حرمهـا عليه كأبيه أو ابنه فالظاهر كما قال الأذرعي أنه يقطع النكـاح فلا يقـرّ عليه **(لا نكـاح محرم)** بنسب أو رضاع أو مصاهرة فلا يقـر عليه؛ لأنـه لا يجوز ابتـداؤه، وحكى ابن المنذر فيـه الإجماع **(ولـو أسلم)** الزوج **(ثم أحرم ثم أسلمت)** في العدّة **(وهو محرم)** أو أسلمت ثم أحرمت ثم أسلم في العدّة وهي محرمة **(أقرّ)** النكاح في هذا التصوير **(على المـذهب)** لأن طروّ الإحـرام لا يؤثر في نكاح المسلم فهذا أولى، وفي قول قطع به بعضهم: لا يقرّ عليه كما لا يجـوز نكاح المحـرم، وخرج بهذا التصوير ما لو أسلما معاً ثم أحرم فإنه يقرّ جزماً، ولو قارن إحرامه إسـلامها هـل يقرّ جزماً أو على الخلاف؟ قال السبكي: لم أرَ فيه نقلاً، والأقرب الثاني **(ولو نكح حـرّة)** صالحـة للاستمتاع كما أشار إليه الرافعي **(وأمة)** معاً أو مـرتباً **(وأسلمـوا)** أي الزوج والحـرّة والأمة معـاً **(تعينت الحرّة)** للنكاح **(واندفعت الأمة على المذهب)** لأنه لا يجوز له نكاح أمة مع وجود حـرّة تحته، وفي قول من الطريق الثاني: لا تندفع الأمـة نظراً إلى أن الإمسـاك كاستـدامة النكـاح لا كابتدائه. أما إذا لم تكن الحرّة صالحة للاستمتاع فكالعدم، ولو أسلمت الحرّة فقط مع الـزوج تعينت أيضاً واندفعت الأمة **(ونكاح الكفار صحيح على الصحيح)** لقوله تعالى: ﴿وَقَـالَتِ امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٩] ﴿وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ [المسد: ٤]، ولحديث غيلان وغيـره ممن أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فـأمره ﷺ بـالإمساك، ولم يسـأل عن شرائط النكـاح، فلا يجب البحث عن شرائط أنكحتهم فإنه ﷺ أقرّهم عليها، وهو ﷺ لا يقرّ أحداً على باطل، ولأنهم لـو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعاً، ولو أسلموا أقررناه **(وقيل فاسد)** لعدم مـراعاتهم الشـروط، لكن لا يفرّق بينهم لو ترافعوا إلينا رعاية للعهد والذمّة، ونقرّهم بعد الإسـلام رخصة وخشيـة من التنفير **(وقيل)** موقوف **(إن أسلم وقرر تبينا صحته، وإلا فـلا)** أي وإن لم يقرر تبينـا فساده، واعتـرض على المصنف في تعبيره على القول الأوّل بالصحة، وعبارة الروضـة وأصلها محكـوم بصحته. قال السبكي: ونِعِمَّا هي، والمختار عندي فيها أنها إن وقعت على حكم وفق الشـرع فصحيحة وإلا فمحكوم لها بالصحة إن اتصلت بالإسلام رخصة، وعفوا من الله تعالى، وما كان مستجمعاً لشروط الإسلام فهو صحيح ولا أرى أن فيه خلافاً، بل يقطع بصحته لوجود شـروطه الشـرعية،

فَعَلى الصَّحِيحِ لَوْ طَلَّقَ ثَلَاثاً ثُمَّ أَسْلَمَا لَمْ تَحِلَّ بِمُحَلِّلٍ ، وَمَنْ قُرِّرَتْ فَلَهَا الْمُسْمَّى الصَّحِيحُ . وَأَمَّا الْفَاسِدُ كَخَمْرٍ، فَإِنْ قَبَضَتْهُ قَبْلَ الإِسْلَامِ فَلَا شَيْءَ لَهَا، وإِلَّا فَمَهْرُ مِثْلٍ ،

وحكم الله واحد اهـ، والصواب في زيادة الروضة تخصيص الخلاف بالعقود التي يحكم بفساد مثلها في الإسلام لا في كل عقودهم، فلو عقدوا على وفق الشرع صح بلا خلاف. ثم فرع المصنف رحمه الله على هذا الخلاف قوله (**فعلى الصحيح**) منه، وهو صحة أنكحتهم (**لو طلق**) الكافر زوجته (**ثلاثاً**) في الكفر (**ثم أسلما**) من غير محلل (**لم تحل**) له الآن (**إلا بمحلل**) سواء اعتقدوا وقوع الطلاق أم لا ؛ لأنا إنما نعتبر حكم الإسلام. أما إذا تحللت في الكفر فيكفي في الحل، ولو طلقها في الشرك ثلاثاً ثم نكحها في الشرك من غير محلل ثم أسلما فرّق بينهما نصّ عليه في الأمّ.

تنبيه: أفهم كلام المصنف أنه لا يقع على قول الفساد والوقف، وهو ظاهر على القول بالفساد. وأما على قول الوقف فقد أطال ابن الرفعة الكلام فيه، قال الأذرعي: والظاهر أنه يقع في كل عقد يقرّ عليه في الإسلام، وذلك موجود في كلام الأصحاب، ولو طلق الكافر أختين أو حرّة وأمة ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلموا لم ينكح واحدة منهنّ إلا بمحلل، وإن أسلموا معاً أو سبق إسلامه أو إسلامهما بعد الدخول ثم طلق ثلاثاً ثلاثاً لم ينكح مختارة الأختين ولا الحرّة إلا بمحلل (**ومن قرّرت**) على النكاح (**فلها المسمى الصحيح**) هذا كلام مستأنف لا تعلق له بالتفريع السابق، ووجهه أنه كما تثبت الصحة للنكاح تثبت للمسمى، وهو ظاهر على قول الصحة والوقف، وأما على قول الفساد فظاهر كلامهم أنه كذلك، وبحث السبكي أنه لا يجب المسمى بل مهر المثل (**وأما**) المسمى (**الفاسد كخمر**) معينة أو في الذمة (**فإن قبضته**) أو قبضه وليها وهي محجور عليها (**قبل الإسلام**) ولو بإجبار قاضيهم كما بحثه الزركشي (**فلا شيء لها**) لخبر: «الإِسْلَامُ يَجُبُّ مَا قَبْلَهُ» ولانفصال الأمر بينهما وانقطاع المطالبة قبل الإسلام.

تنبيه: ظاهر كلامه جريان هذا في كل فاسد، وليس مراداً، فإنه لو أصدقها حراً مسلماً أسروه واسترقوه ثم أسلما لم يقر في يدها ويجب لها مهر المثل، قال صاحب الكافي: لأن الفساد فيه لحق المسلم، وفي نحو الخمر لحق الله تعالى، وأيضاً لأنا نقرّهم حال الكفر على نحو الخمر دون أسر المسلم، وألحق بالمسلم في ذلك عبده ومكاتبه وأم ولده كما في نصّ الأمّ، بل يلحق به سائر ما يختص بالمسلم والكافر المعصوم، وهل إذا باع الكافر الخمر يملك ثمنه حتى إذا كان لمسلم عليه دين ودفع له ثمن ذلك يجب عليه قبوله أم لا؟ أجاب بالأوّل القفال في فتاويه، وصحح الرافعي في باب الجزية الثاني، وهو المعتمد، بل لا يجوز له قبوله (**وإلا**) أي وإن لم تقبضه قبل الإسلام بأن لم تقبضه أصلاً أو قبضته بعد الإسلام، سواء أكان بعد إسلامهما أم إسلام أحدهما كما نص عليه في الأمّ (**فمهر مثل**) لها؛ لأنها لم ترض إلا بالمهر والمطالبة بالخمر في الإسلام ممتنعة فرجع إلى مهر المثل كما لو نكح المسلم على

وإِنْ قَبَضَتْ بَعْضَهُ فَلَها قِسْطُ مَا بَقِي مِنْ مَهْرِ مِثْلٍ ، وَمَنِ انْدَفَعَتْ بِإِسْلَامٍ بَعْدَ دُخُولٍ فَلَهَا المُسَمَّى الصَّحِيحُ إِنْ صُحِّحَ نِكَاحُهُمْ، وإِلَّا فَمَهْرُ مِثْلٍ أَوْ قَبْلَهُ وصُحِّحَ، فَإِنْ كَانَ الِانْدِفَاعُ بِإِسْلَامِهَا فَلَا شَيْءَ لَهَا،

خمر (**وإن قبضت**) قبل الإسلام (**بعضه**) أي المسمى الفاسد من خمر ونحوه ثم أسلما (**فلها قسط ما بقي من مهر مثل**) لا ما بقي من المسمى لتعذره بالإسلام إلحاقاً للجزء بالكل في القبض وعدمه.

تنبيه: لم يبين المصنف كيفية التقسيط، وقد بينه ابن المقري في روضه تبعاً لأصله، فقال: والمعتبر في تقسيط الخمر ونحوها مما هو مثلي لو فرض مالاً الكيل ولو تعدد الزق، فلو أصدقها زقي خمر فقبضت أحدهما اعتبر في التقسيط الكيل لا الوزن ولا العدد ولا القيمة. نعم إن زاد أحدهما على الآخر قيمة لزيادة وصف فيه اعتبرت القيمة، والمعتبر في الكلاب ونحوها القيمة بتقدير المالية عند من يجعل لها قيمة لا العدد. فإن قيل قد مرّ في الوصية أنه لو أوصى بكلب من كلابه ولم يكن له إلا كلب أنه يعتبر العدد لا القيمة، فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن الوصية محض تبرع، فاغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاوضات، ولو أصدقها جنسين فأكثر كزقي خمر وكلبين وسلم لها البعض في الكفر، فالمعتبر هنا القيمة بتقدير المالية عند من ذكر في الجميع كتقدير الحر عبداً في الحكومة، لكن لو تعدّد الجنس وكان مثلياً كزق خمر وزق بول وقبضت بعض كل منهما على السواء، فالظاهر اعتبار الكيل كما بحثه شيخنا، ولو نكح الكافر على صورة التفويض واعتقدوا أن لا مهر لمفوّضته بحال ثم دخل بها بعد الإسلام فلا شيء لها عليه لأنه استحق وطأها بلا مهر. فإن قيل: قد قالوا في باب الصداق: إنه لو نكح ذمي ذمية تفويضاً وترافعا إلينا حكمنا لها بالمهر فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن ما هنا في الحربيين وفيما إذا اعتقدوا أن لا مهر بحال بخلافه ثم فيهما (**ومن اندفعت بإسلام**) منها أو من زوجها (**بعد دخول**) بها بأن أسلم أحدهما ولم يسلم الآخر في العدّة (**فلها المسمى الصحيح إن صحح نكاحهم**) لاستقراره بالدخول. قال الجلال البلقيني: ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو نكح أماً وبنتها ثم دخل بالأم فقط فإن البنت تحرم أبداً، وكذا الأم على المذهب. قالوا: وللأم مهر المثل، فهذه اندفعت بإسلام بعد دخول ولا تستحق المسمى اهـ وستأتي هذه المسألة، وأن ذلك محمول على ما إذا كان المسمى فاسداً، فإذا لا استثناء (**وإلا**) أي وإن لم يصححه، أو كان زوجها قد سمى لها فاسداً (**فمهر مثل**) لها في مقابلة الوطء على الأصل السابق (**أو**) لم تندفع بعد دخول بل اندفعت بإسلام (**قبله**) أي الدخول (**وصحح**) أي وفرعنا على صحة أنكحتهم (**فإن كان الاندفاع بإسلامها فلا شيء لها**) على المشهور؛ لأن الفرقة حصلت من جهتها، وقيل قولان. ثانيهما لها نصف المهر؛ لأنها أحسنت بالإسلام والتخلف منه.

وَبِـإِسْلَامِـهِ فَنِصْفُ مُسَمًّى إِنْ كَانَ صَحِيحاً، وإِلَّا فَنِصْفُ مَهْرِ مِثْلٍ، وَلَوْ تَرَافَعَ إِلَيْنَـا ذِمِّيٌّ وَمُسْلِمٌ وَجَبَ الحُكْمُ، أَوْ ذِمِّيَّانِ وَجَبَ في الأَظْهَرِ،

تنبيه: تقييده بالصحة يفهم أنه إذا قيل بفساد أنكحتهم لا مهر لها بطريق الأولى، إذ المهر لا يجب في النكاح الفاسد إلا بالدخول. قال الزركشي: وهذا أولى من جعله قيداً في عدم الوجوب، وأن الأولى طرحه ليفهم تعميم الحكم، وينتفي إيهام أنه قيد في الوجوب فإنه لا شيء لها على كل قول، ولكن يحتاج إلى ذكره في قوله: **(أو)** أي اندفع **(بإسلامه)** أي وصحح نكاحهم **(فنصف مسمى)** يجب لها **(إن كان صحيحاً)** لأن الفرقة جاءت من قبله **(وإلا)** بأن لم يكن صحيحاً كخمر **(فنصف مهر مثل)** عملاً بالقاعدة في التسمية الفاسدة، فإن لم يسمّ لها مهراً وجبت متعة. أما إذا لم يصحح نكاحهم فلا شيء لها لما مر. قال ابن شهبة: والظاهر أن المصنف أراد التقييد بالصحة هنا فسبق قلمه إلى ما قبله.

تنبيه: ظاهر كلامه أن المحرم في ذلك كغيرها وكلام الروضة يميل إليه ونقله عن القفال وهو المعتمد كما رجحه ابن المقري فيمن أسلم وتحته أم وبنتها ولم يدخل بواحدة منهما، ورجحه البلقيني أيضاً، وسيأتي التنبيه على ذلك، ونقل عن الإمام القطع بأنه لا شيء لها؛ لأن العقد لم ينعقد، ويؤيد ذلك ما قالوه في المجوسي إذا مات وتحته محرم لم نورثها، وجرى على الثاني الشيخ أبو حامد وأتباعها وغيرهم كما قاله الأذرعي. قال: والظاهر أنه المذهب اهـ. قيل: وهذا موافق لنص الشافعي من أن ما زاد على أربع لا مهر لهنّ إذا اندفع نكاحهنّ باختيار أربع قبل الدخول. قال شيخي: وهذا أحد النصوص، والمعتمد أن ما زاد على أربع يستحق المهر **(ولو ترافع إلينا)** في نكاح أو غيره **(ذميّ)** أو معاهد أو مستأمن **(ومسلم وجب الحكم)** بينهما أي المسلم ومن ذكر بشرعنا قطعاً طالباً كان المسلم أو مطلوباً؛ لأنه يجب رفع الظلم عن المسلم، والمسلم لا يمكن رفعه إلى حاكم أهل الذمة ولا تركهما متنازعين فرددنا من مع المسلم إلى حاكم المسلمين؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.

تنبيه: قد يفهم تعبيره بالترافع اعتبار رضا الخصمين وهو قضية كلام الغزالي، ولكن عامّة كلام الأصحاب على اعتبار رضا واحد إذا استعدى على خصمه **(أو)** ترافع إلينا **(ذميان)** واتفقت ملتهما كنصرانيين ولم نشترط في عقد الذمة لهما التزام أحكامنا **(وجب)** علينا الحكم بينهما **(في الأظهر)** لقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱحْكُمْ بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه يجب على الإمام منع الظلم عن أهل الذمة فوجب الحكم بينهم كالمسلمين. والثاني وعليه جمع؛ لا يجب بل يتخير لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] وأجاب الأوّل بأنه صحّ عن ابن عباس أن هذه الآية منسوخة بالأولى، رواه الطبراني، ومنهم من حمل الآية الأولى على الذميين والثانية على المعاهدين فلا يجب الحكم بينهما على المذهب، وهذا أولى من النسخ، ولهذا قيد المصنف بالذميين. والفرق أن المعاهدين لم يلتزموا أحكامنا ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض بخلاف الذميين، والذمي والمعاهد كالذميين،

وَنُقِرُّهُمْ عَلى مَا نُقِرُّ لَوْ أَسْلَمُوا، وَنُبْطِلُ مَا لَا نُقِرُّ.

فَصْلٌ

أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ في الْعِدَّةِ أَوْ

وقد يفهم كلامه أنه إذا ثبت على أحدهما شيء استوفيناه، وبه صرّح البغوي، فلو أقرّه ذمي بزنا أو سرقة مال ولو لذمي حددناه. أما إذا اختلفت ملتهما كيهودي ونصراني، أو شرط في عقد الذمة لهما التزام أحكامنا فإن الحكم يجب بينهما جزماً. أما في الأولى فلأن كلاً منهما لا يرضى ملة الآخر. وأما في الثانية فعملاً بالشرط، وإن أوجبنا الحكم وجب الإعداء والحضور وإلا فلا يجبان.

تنبيه: يستثنى من إطلاقه ما لو ترافع إلينا أهل الذمة في شرب الخمر فإنهم لا يحدّون وإن رضوا بحكمنا؛ لأنهم لا يعتقدون تحريمه، قاله الرافعي في باب حدّ الزنا وأسقطه من الروضة، ويفهم مما تقرر أنه لا يلزمنا الحكم بين حربيين ولا بين حربي ومعاهد، والظاهر كما قال الأذرعي لو عقدت الذمة لأهل بلدة في دار الحرب أنهم كالمعاهدين فإنه لا يلزمنا الدفع عنهم فكذا الحكم بينهم، ثم أشار المصنف إلى ضابط تقدّم أكثر صوره بقوله **(ونقرّهم)** في كل ما ترافعوا فيه إلينا **(على ما نقرّ)** هم عليه **(لو أسلموا، ونبطل ما لا نقرّ)** ونوجب النفقة في نكاح من قررناه، فلو نكح بلا ولي ولا شهود وترافعوا إلينا قررنا النكاح وحكمنا بالنفقة، وإن نكح المجوسي محرماً له ولم يترافعا إلينا لم نعترض عليهما، لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم عرفوا من حال المجوس أنهم ينكحون المحارم ولم يعترضوهم، فإن ترافعا إلينا في النفقة أبطلنا نكاحهما ولا نفقة؛ لأنهما بالترافع أظهرا ما يخالف الإسلام فأشبه ما لو أظهر الذمي الخمر، ولو ترافع إلينا كافر تحته أختان وطلبوا فرض النفقة أعرضنا عنهم ما لم يرضوا بحكمنا ولا نفرق بينهم، فإن رضوا به فرقنا بينهم بأن نأمره باختيار إحداهما. فإن قيل: قد مر في نكاح المحرم أنا نفرق بينهم وإن لم يرضوا بحكمنا فهلا كان هنا في الأختين كذلك؟ أجيب بأن المحرم أشدّ حرمة؛ لأن منع نكاحها لذاتها، وإنما منع في الأختين للهيئة الاجتماعية، ويزوّج حاكم المسلمين بشهود منهم ذمياً بكتابية لا وليّ لها خاص بالتماسهم ذلك.

فَصْلٌ

في حكم زوجات الكافر بعد إسلامه الزائدات على العدد الشرعي، لو **(أسلم)** الكافر الحرّ المكلف **(وتحته أكثر من أربع)** من الزوجات الحرائر **(وأسلمن معه)** على أيّ دين يكن قبل دخول أو بعده **(أو)** تخلفن وهنّ مدخول بهنّ وكنّ غير كتابيات وأسلمن بعده **(في العدّة)** وهي من حين إسلامه، ومثله لو أسلمن أوّلاً ثم أسلم هو في العدّة **(أو)** لم يسلمن أصلاً بل

كُنَّ كِتابِيَّاتٍ لَزِمَـهُ اخْتِيَارُ أَرْبَعٍ ،وَيَنْدَفِعُ مَنْ زَادَ،وَإِنْ أَسْلَمَ مَعَهُ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ في الْعِـدَّةِ أَرْبَعٌ فَقَطْ تَعَيَّنَّ،

(كنّ كتابيات) يحلّ له ابتداء نكاحهنّ **(لزمه)** حال كونه أهلاً للاختيار ولو سكران **(اختيار أربع)** منهنّ ولو بعد موتهنّ ولا نظر إلى تهمة الإرث، ويرث من الميتات المختارات غير الكتابيات **(ويندفع)** بعد اختيار الأربع نكاح **(من زاد)** لأن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فقال له النبيّ ﷺ: «أَمْسِكْ أَرْبَعاً وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ» رواه الترمذي وابن حبان وصححه ابن حبان والحاكم، وسواء نكحهنّ معاً أم مرتباً، اختار الأوائل أو الأواخر، ووجه ذلك كما قال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه أن ترك الاستفصال في حكاية الأحوال مع قيام الاحتمال نزل منزلة العموم في المقال، فإنه ﷺ لم يستفصل عن ذلك، ولولا أن الحكم يعم الحالين لما أطلق ذلك، وحمل الخصم له على الأوائل بعيد يردّه ما رواه الشافعي والبيهقي عن نوفل بن معاوية قال: «أسلمت وتحتي خمس نسوة فسألت النبيّ ﷺ فقال: فارِقْ واحِدَةً وَأَمْسِكْ أَرْبَعاً، فعمدت إلى أقدمهنّ عندي عاقر منذ ستين سنة ففارقتها»[1] وحمله أيضاً على تجديد العقد أبعد لمخالفته ظاهر اللفظ، فإن الإمساك صريح في الاستمرار.

فائدة: قال ابن الجوزي: أسلم ستة من ثقيف كل على عشر نسوة مسعود بن معتب، ومسعود بن عامر، ومسعود بن عمرو، وعروة بن مسعود، وسفيان بن عبدالله، وغيلان بن سلمة.

تنبيه: تعبير المصنف بلزوم اختيار أربع يوهم إيجاب العدد وليس مراداً، بل المراد أن أصل الاختيار واجب لئلا يستديم ما حظره الشرع. وأما إمساك أربع فجائز لا أنه يلزمه ذلك كما قاله جمع من شرّاح الكتاب منهم ابن شهبة وابن قاسم والدمياطي، وقد سلم في المحرّر والشرح والروضة من ذلك حيث قالا اختار أربعاً، لكن ظاهر الحديث اللزوم والقائل بعدم اللزوم يحمل الأمر في الحديث على الإباحة كما سيأتي عن السبكي والأذرعي، وكلام المصنف يوهم أن دفع المفارقات من حين الاختيار، لكن الصحيح من حين الإسلام، وكذا العدّة وهو اندفاع بينونة كما صرّح به ابن الرفعة. أما العبد فإنه يختار ثنتين كيف شاء حرتين أو لا. وأما غير المكلف كصبي ومجنون عقد له وليه النكاح على أكثر من أربع ثم أسلم تبعاً لأبويه فلا اختيار له لعدم أهليته، ولا للوليّ لأنه اختيار شهوة فينتظر كماله ليختار، ونفقتهنّ في مال الصبي أو المجنون لحبسهنّ لأجله، ولو نكحت في الكفر زوجين وأسلموا فإن نكحتهما معاً أبطلنا النكاح، وإن اعتقدوا جوازه أو مرتباً فهي للأوّل، فإن مات ثم أسلمت مع الثاني وهم يعتقدون التزويج بزوجين قرّرناه وإلا فلا، ولو أسلما دونها أو الأوّل وحده فهي للأوّل إن كانت كتابية **(وإن أسلم)** منهنّ **(معه قبل دخول أو)** بعده **(في العدّة أربع فقط)** أو أقلّ **(تعيّن)** للنكاح واندفع نكاح من زاد لتأخر إسلامهنّ عن إسلامه قبل الدخول، وعن العدّة بعده، ولو أسلم أربع

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند ٢/١٦ والبيهقي في السنن ٧/١٨٤ والبغوي في شرح السنة (٢٢٨٩).

وَلَوْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُمٌّ وَبِنْتُهَا كِتَابِيَّتَانِ أَوْ أَسْلَمَتَا فَإِنْ دَخَلَ بِهِمَا حَرُمَتَا أَبَداً، أَوْ لَا بِوَاحِدَةٍ تَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، وَفِي قَوْلٍ يَتَخَيَّرُ، أَوْ بِالْبِنْتِ تَعَيَّنَتْ، أَوْ بِالْأُمِّ حَرُمَتَا أَبَداً، وَفِي قَوْلٍ تَبْقَى الْأُمُّ أَوْ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ أَسْلَمَتْ مَعَهُ، أَوْ فِي الْعِدَّةِ أُقِرَّ إِنْ حَلَّتْ لَهُ الْأَمَةُ، وَإِنْ تَخَلَّفَتْ

ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدّتهنّ ثم أسلم الباقيات قبل انقضاء عدّتهنّ من وقت إسلام الزوج اختار أربعاً من الأوليات أو الأخيرات كيف شاء، فإن مات الأوليات أو بعضهنّ جاز له اختيار الميتات ويرث منهنّ، ولو أسلم أربع من ثمان بعد دخول وانقضت عدّتهنّ، أو متن في الإسلام ثم أسلم الزوج وأسلمت الباقيات في عدّتهنّ تعينت الأخيرات **(ولو أسلم وتحته أمّ وبنتها)** نكحهما معاً أم لا وهما **(كتابيتان أو)** غير كتابيتين و **(أسلمتا)** مع الزوج كان للمسلمة ستة أحوال: الأوّل ما ذكره بقوله **(فإن دخل بهما حرمتا أبداً)** سواء أقلنا بصحة أنكحتهم أم لا؛ لأن وطء كل واحدة منهما بشبهة يحرّم الأخرى فبنكاح أولى ولكل واحدة مسماها إن كان صحيحاً وإلا فمهر المثل. الحال الثاني ما ذكره بقوله **(أو لا)** أي أو لم يدخل **(بواحدة)** منهما **(تعينت البنت)** واندفعت الأم بناء على صحة أنكحتهم؛ لأن العقد على البنت يحرّم الأم ولا ينعكس، واستحقت الأم نصف المسمى إن كان صحيحاً، وإلا فنصف مهر المثل لاندفاع نكاحها بالإسلام قبل الدخول، وهذا ما رجحه ابن المقري، وبه صرّح البلقيني وغيره، وقيل: لا شيء لها بناء على فساد أنكحتهم **(وفي قول يتخير)** بينهما بناء على فساد أنكحتهم، فإنه يصير كأنه لم يعقد على واحدة منهما كما لو أسلم وتحته أختان. الحال الثالث: ما ذكره بقوله **(أو)** دخل **(بالبنت)** فقط **(تعينت)** وحرمت الأمّ أبداً، ولها نصف مهر المثل كما صرّح به في أصل الروضة، ومحله كما علم مما مرّ إن كان المسمى فاسداً وإلا فلها نصف المسمى. الحال الرابع ما ذكره بقوله: **(أو)** دخل **(بالأم)** فقط **(حرمتا أبداً)** أما البنت فللدخول بالأمّ. وأما الأم فللعقد على البنت، وهذا بناء على صحة أنكحتهم، وللأمّ مهر المثل بالدخول نقله الرافعي عن البغوي، وجزم به في الروضة وهذا ظاهر إذا كان المسمى فاسداً وإلا فيجب المسمى، واعتذر في المهمات عن الشيخين بأن كلاهما محمول على ما إذا نكح الأمّ والبنت بمهر واحد وإلا فيجب للأمّ مهر المثل كما لو نكح نسوة بمهر واحد **(وفي قول تبقى الأمّ)** وتندفع البنت بوطء الأمّ بناء على فساد أنكحتهم. الحال الخامس: لو شك هل دخل بواحدة منهما أو لا؟ فهو كما لو لم يدخل بواحدة منهما، لكن الورع تحريمهما. الحال السادس: لو شك في غير المدخول بها بطل نكاحهما ليتيقن تحريم إحداهما قاله الماوردي؛ لأن الإسلام كابتداء النكاح، ولا بدّ عند ابتدائه من تيقن حل المنكوحة كما مر في كتاب النكاح، ولو أسلم على أكثر من أخت اختار واحدة. ثم شرع في حكم ما إذا أسلم وتحته أمة أو أكثر، فقال **(أو)** أسلم **(وتحته أمة أسلمت معه)** قبل دخول أو بعده **(أو)** أسلمت بعد إسلامه **(في العدّة)** أو أسلم بعد إسلامها في العدّة **(أقرّ)** النكاح **(إن حلت له الأمة)** حينئذ بأن يكون غير حرّ أو حرّاً معسراً خائفاً العنت؛ لأنه إذا حلّ له نكاح الأمة أقرّ على نكاحها **(وإن تخلفت)** عن إسلامه أو هو عن

قَبْلَ دُخُولٍ تَنجَّزَتِ الْفُرْقَةُ، أَوْ إِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ اخْتَارَ أَمَةً إِنْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهِنَّ، وَإِلَّا انْدَفَعْنَ، أَوْ حُرَّةٌ وَإِمَاءٌ وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ أَوْ فِي الْعِدَّةِ تَعَيَّنَتْ وَانْدَفَعْنَ، وَإِنْ أَصَرَّتْ فَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا اخْتَارَ أَمَةً، وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَعَتَقْنَ ثُمَّ أَسْلَمْنَ فِي الْعِدَّةِ فَكَحَرَائِرَ فَيَخْتَارُ أَرْبعاً،

إسلامها (**قبل دخول**) أو بعد دخول ولم يجمعهما إسلام في العدّة أو لم تحلّ له عند اجتماع الإسلامين (**تنجزت الفرقة**) كتابية كانت أو لا (**أو**) أسلم وتحته (**إماء وأسلمن**) معاً (**معه**) قبل دخول أو بعده أو أسلم هو بعد إسلامهنّ (**أو**) هنّ بعد إسلامه (**في العدّة اختار**) الحرّ منهنّ (**أمة**) واحدة فقط (**إن حلت له عند اجتماع إسلامه وإسلامهنّ**) لأنه يجوز له حينئذ ابتداء نكاح الأمة، فجاز له اختيارها (**وإلا**) بأن لم يحل له نكاح الأمة عند اجتماع إسلامه وإسلامهنّ (**اندفعن**) جميعاً؛ لأنه لا يجوز له ابتداء نكاح واحدة منهن، فلا يجوز له اختيارها كذوات المحارم.

فائدة: المفسد للنكاح عند الإسلام إن كان موجوداً عند العقد واستمرّ كالعدّة كفى في بطلان النكاح اقترانه بإسلام أحدهما وإن كان طارئاً كاليسار وأمن العنت في الأمة فلا بدّ من اقترانه بإسلامهما، فعلى هذا لو أسلم على ثلاث إماء فأسلمت واحدة وهو معسر خائف العنت، ثم الثانية في عدّتها وهو موسر، ثم الثالثة كذلك وهو معسر خائف العنت اندفعت الوسطى، ويخير في الأخيرتين لما مرّ أن الفساد إنما يؤثر في اندفاع النكاح إذا اقترن بإسلامهما جميعاً بخلاف ما لو نكحها في عدّة غيره ثم أسلم أحدهما ثم انقضت العدّة ثم أسلم الآخر لم يدم النكاح لما مرّ، ولو أسلم من تحلّ له الأمة على أمة فطلقها طلاقاً رجعياً ثم أيسر قبل انقضاء عدّتها فله أن يراجعها اتفاقاً؛ لأن الرجعية زوجة قاله الماوردي (**أو**) أسلم حر وتحته(**حرة**) تصلح للاستمتاع ويقر على نكاحها (**وإماء وأسلمن**) أي الحرة والإماء (**معه**) قبل الدخول أو بعده (**أو**) كنّ مدخولاً بهنّ وأسلمن بعد إسلامه (**في العدة تعينت**) أي الحرة للنكاح وإن تأخر إسلامها عن إسلامه وإسلام الإماء (**واندفعن**) لأنه لا يجوز له أن يبتدىء أمة مع وجود حرة فلا يجوز له أن يختارها. أما إذا كانت الحرة لا تصلح للاستمتاع، فالظاهر كما قال الأذرعي: أن له اختيار واحدة منهنّ (**وإن أصرت**) تلك الحرة على الكفر ولم تكن كتابية يحل ابتداء نكاحها (**فانقضت عدّتها اختار أمة**) إن كان ممن يحل له نكاح الأمة كما لو لم تكن حرة لتبين أنها بانت إسلامه.

تنبيه: أفهم كلامه أنه ليس له اختيار أمة في تخلف الحرة وهو كذلك، فإن اختار أمة وأصرت الحرة حتى انقضت عدّتها أو ماتت وجب تحديد الاختيار إن حلت له الأمة (**ولو أسلمت**) أي الحرة معه أو في العدّة (**وعتقن**) أي الإماء قبل الاجتماع إسلامه وإسلامهنّ (**ثم أسلمن في العدّة فكحرائر**) أصليات حكمهنّ، وحينئذ (**فيختار أربعاً**) منهنّ ولو دون الحرة

وَالِاخْتِيَارُ اخْتَـرْتُكِ أَوْ قَـرَّرْتُ نِكَاحَـكِ أَوْ أَمْسَكْتُكِ أَوْ ثَبَّتُّكِ،

لالتحاقهنّ بالحرائر الأصليات.

تنبيه: لا يختص الحكم بما ذكره المصنف من هذه الصورة، بل الضابط الشامل لها ولغيرها أن يطرأ العتق قبل اجتماع إسلامهنّ وإسلام الزوج كما مر فيصدق ذلك بصورة المتن وبما إذا أسلمن ثم عتقن، ثم أسلم أو عتقن ثم أسلمن ثم أسلم أو عتقن ثم أسلم ثم أسلمن. أما إذا تأخر عتقهنّ عن إسلامهن بأن أسلم ثم أسلمن أو عكسه ثم عتقن استمرّ حكم الإماء عليهن، فتتعين الحرة إن كانت وإلا اختار أمة من الإماء بشرطه.

فرع: لو أسلم من إماء معه أو في العدّة واحدة ثم عتق ثم عتقت الباقيات ثم أسلمن اختار أربعاً منهنّ لتقدّم عتقهن على إسلامهنّ، وليس له اختيار الأولى لرقها عند اجتماع إسلامهما، فتندفع بالمعتقات عند اجتماع الإسلامين، ومقارنة العتق لإسلامهنّ كتقدّمه عليه كما بحثه بعض المتأخرين، ولو أسلم على أربع إماء وأسلم معه ثنتان، فعتقت إحداهما ثم أسلمت الأخريان اندفعتا دون الرّقيقة المتقدّمة فيختارها أو صاحبتها كما جزم به في أصل الرّوضة تبعاً للغزالي، والذي جزم به الفوراني والإمام وابن الصلاح والمصنف في تنقيحه، وصوّبه البلقيني تخييره بين الجميع. قال ابن الصلاح: وما قاله الغزالي سهو. وقال السبكي: الأرجح ما قاله الغزالي من امتناع المتخلفتين لاقتران حرية إحدى المتقدّمتين بإسلامهما، وهي مانعة من ابتداء نكاح الأمة فيمتنع التقرير عليهما، ولا نقول باندفاعهما بمجرّد عتق تلك لاحتمال أن يعتقا ثم يسلما، وإنما تندفعان إذا أسلمتا على الرّقّ، وأطال في بيان ذلك، وهذا هو الظاهر، وجرى عليه ابن المقري في روضه. أما غير الحرّ فله اختيار ثنتين فقط، إذ الأمة في حقه كالحرّة، والزيادة على الثنتين في حقه كالزيادة على الأربع في حق الحرّ، فإن عتق قبل إسلامه، سواء كان قبل إسلامهنّ أولاً أو بعده وقبل إسلامهنّ فله حكم الأحرار، ولو أسلم عبد فليس لزوجته الكافرة خيار؛ لأنها رضيت برقه أولاً ولم يحدث فيها عتق حرّة كانت أو أمة. قال في أصل الروضة: سواء أسلمت أو لم تسلم إذا كانت كتابية. قال في المهمات: تسويته بين أن تسلم وأن لا تسلم غلط لاقتضاء جواز نكاح الأمة الكتابية، وهو ممتنع قال الأذرعي: وقد يقال بمنع القياس، إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء اهـ، والمعتمد أنه لا يقرّ على نكاح الأمة الكتابية. ولما قدّم المصنف وجوب الاختيار وكان لا يحصل بفعل كوطء شرع في ألفاظه الدالة عليه، فقال: (**والاختيار اخترتك أو قررت نكاحك أو أمسكتك أو ثبتك**) أو نحو ذلك: كحبستك أو نكاحك أو عقدك أو حبستك على النكاح لمجيء الاختيار والإمساك في الحديث والباقي في معناهما. قال في أصل الروضة: وكلام الأئمة يقتضي أن جميع ذلك صريح، لكن الأقرب أن يجعل قوله: اخترتك وأمسكتك من غير تعرّض للنكاح كناية اهـ. قال شيخنا: ومثلها ثبتك، ومقتضى هذا صحة الاختيار بالكناية، وهو كذلك وإن منعه الماوردي

وَالطلاقُ اخْتِيَارٌ، لَا الظِّهَارُ والْإِيلاءُ في الْأَصَحِّ، وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيقُ اخْتِيارٍ ولاَ فَسْخٍ، وَلَوْ حَصَرَ الِاخْتِيَارَ في خَمْسٍ انْدَفَعَ مَنْ زَادَ، وَعَلَيْهِ التَّعْيِينُ

والرّوياني، وقال: إنه كابتداء النكاح. قال ابن الرفعة: وينبغي إذا جعل كاستدامته أن يكون على الخلاف في حصول الرّجعة بالكناية، ولو أسلم معه أو في العدّة ثمان ففسخ نكاح أربع منهنّ كقوله: فسخت نكاحهنّ، ولم يرد بالفسخ الطلاق استقرّ نكاح الباقيات، وسكت المصنف عن ألفاظ الفسخ. قال الماوردي: ويصح بالصريح، كفسخت نكاحها أو رفعته أو أزلته، وبالكناية: كصرفتها، وإن أراد بالفسخ الطلاق فحكمه ما ذكره في قوله **(والطلاق اختيار)** للنكاح؛ لأنه إنما يخاطب به المنكوحة، وسواء المعلق والمنجز فإن طلق أربعاً حرم الجميع، أما المطلقات فلما مرّ، وأما الباقيات فلاندفاعهنّ بالشرع، ولا فرق في الطلاق بين الصريح والكناية. نعم لفظ الفراق من صريح الطلاق، وهو هنا فسخ. قال الروياني: لأنه قد يقع على غير الزوجة بخلاف لفظ الطلاق. قال الزركشي: وقضية هذا أن لفظ الفراق صريح في الفسخ أيضاً فيكون حقيقة فيه وفي الطلاق ويتعين في كل منهما بالقرينة، ولو قال لأربع: أريدكنّ حصل التعيين به، وإن لم يقل معه للباقيات لا أريدكنّ **(لا الظهار والإيلاء)** فليس كل منهما باختيار للنكاح **(في الأصح)** لأن الظهار وصف بالتحريم، والإيلاء حلف على الامتناع من الوطء، وهما بالأجنبية أليق، والثاني هما تعيين للنكاح كالطلاق، وعلى الأوّل لو اختار من ظاهر منها أو آلى للنكاح صح الظهار والإيلاء، وتكون مدّة الإيلاء من الاختيار ويصير في الظهار عائداً إن لم يفارقها في الحال.

تنبيه: قال الأذرعي في القوت: الظاهر أن قول المصنف الأصح راجع إلى الظهار والإيلاء فقط، وجعله في الغنية راجعاً إليهما وإلى الطلاق، والأوّل أوجه، والوطء ليس باختيار؛ لأن الاختيار إما كابتداء النكاح أو كاستدامته وكل منهما لا يحصل إلا بالقول كالرجعة، وللموطوءة المسمى الصحيح أو مهر المثل إن لم يكن صحيحاً إن اختار غيرها **(ولا يصح تعليق اختيار)** استقلالي **(ولا) تعليق (فسخ)** لم ينوبه الطلاق كقوله: إن دخلت الدار فقد اخترت نكاحك أو فسخته؛ لأنهما تعيين، ولا تعيين مع التعليق، وخرج باستقلالي تعليق الاختيار الضمني كمن دخلت الدار فهي طالق، فلو دخلت واحدة طلقت على الأصح وحصل الاختيار لها ضمناً، فإن نوى بالفسخ الطلاق يصح تعليقه؛ لأنه حينئذ طلاق والطلاق يصح تعليقه ويحصل الاختيار به ضمناً وإن كان معلقاً، إذ يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المستقل **(ولو حصر الاختيار في خمس)** أو أكثر من نسوة أسلم عنهنّ صحّ و **(اندفع من زاد)** على ذلك وإن لم يكن تعييناً تاماً **(وعليه التعيين)** التامّ بعد ذلك لما في دون الخمس لحبسه بأكثر من العدد الشرعي ولدفع الضرر عنهنّ، فإن كلاً منهنّ لا يعلم أنها منكوحة أو مفارقة.

تنبيه: قوله: وعليه التعيين يحتمل أن يكون كلاماً مستأنفاً فلا يختص بالمسألة قبله، بل يعمها وغيرها، ويحتمل أن يختص بها، لكن يرجح الأوّل أن المصنف عمل بخطه فاصلة

وَنفقتُهُنَّ حَتَّى يَختَار، فَإِنْ تَركَ الاِختِيَارَ حُبِسَ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ إِعْتَدَّتْ حامِلٌ بِهِ، وَذَاتُ أَشْهُرٍ وَغيرُ مَدْخُولٍ بِهَا بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، وَذَاتُ أَقْرَاءٍ بِالأَكْثَرِ مِنَ الأَقْرَاءِ وَأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ،

قبله، وفي قوله: (و) عليه (نفقتهنّ) أي الخمس هذان الاحتمالان أيضاً. والثاني هنا أظهر كما قاله ابن قاسم؛ لأن النفقة لم يتقدّم لها ذكر ويستمر وجوب نفقتهنّ (حتى يختار) من الخمس أربعاً. قال ابن قاسم: فأقلّ أي لأنهنّ محبوسات بحكم النكاح (فإن ترك الاختيار حبس) لأنه امتنع من واجب لا يقوم غيره مقامه فيه، فإن سأل الانتظار في الاختيار ليتفكر في الأحظ. قال الروياني: أمهله الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد. وقال صاحب الذخائر: ينبغي القطع بإمهاله ثلاثاً؛ لأنها مدّة التروّي شرعاً. أما النفقة فلا يمهل بها لتضرّرهنّ بتركها، وإن أصرّ على الحبس ولم يفده عزر بما يراه الحاكم من ضرب وغيره، وهكذا كل من أقرّ بحقّ وقدر على أدائه وامتنع وأصرّ ولم ينجح فيه الحبس ورأى الحاكم أن يضمّ إلى الحبس التعزير بالضرب وغيره فله ذلك، ويعزر ثانياً وثالثاً وهكذا حتى يختار بشرط تخلل مدة يبرأ فيها عن ألم الأول حتى لا يفضي ذلك إلى هلاكه، ولو اختار أربعاً منهنّ ثم قال رجعت عما اخترت لم يقبل رجوعه، نصّ عليه الشافعي رضي الله تعالى عنه، ولا يختار الحاكم عن الممتنع. فإن قيل: إذا امتنع المولى من الفيئة والطلاق طلق القاضي عليه فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن هذا اختيار شهوة ولا يدري القاضي إلى أيتهنّ أميل، ولذلك لا يجوز التوكيل فيه.

تنبيه: ما ذكره المصنف من لزوم الاختيار. قال ابن شهبة: الأصحاب كالمجمعين عليه لحديث غيلان حاملين الأمر فيه على الوجوب. قال السبكي: والذي أفهمه منه إن أمسك للإباحة وفارق للوجوب لحقهنّ في رفع الحبس عنهنّ، ولرفع الجمع بين العشرة، فإن الحرام الواجب ضده والسكوت مع الكف عن الكل لا محذور فيه إلا إذا طلبن إزالة الحبس فيجب كسائر الديون وإلا لم يجب، فينبغي حمل كلامهم عليه. قال الأذرعي: وقوله أمسك أربعاً للإباحة لا ينازع فيه أحد وإن أوهم كلام الكتاب وغيره الوجوب، وقوله: إن السكوت مع الكف لا محذور فيه موضع توقف؛ لأن السكوت مع الكف يلزم منه إمساك أكثر من أربع في الإسلام وذلك محذور اهـ وهو كلام حسن (فإن مات قبله) أي الاختيار (اعتدّت حامل به) أي بوضع الحمل ولو كانت ذات أقراء؛ لأن بوضعه تنقضي عدّة الوفاة والفراق (و) اعتدّت (ذات أشهر وغير مدخول بها بأربعة أشهر وعشر) احتياطاً لاحتمال الزوجية في كل منهنّ (وذات أقراء بالأكثر من) الذي بقي من (الأقراء و) من (أربعة) من أشهر (وعشر) لأن كل واحدة تحتمل أن تكون زوجة فعليها عدّة الوفاة أو مفارقة في الحياة فعليها أن تعتد بالأقراء، فوجب الاحتياط لتحلّ للأزواج بيقين، ففي ذات الأقراء إن مضت الأقراء الثلاثة قبل تمام أربعة أشهر وعشر أكملتها وابتداؤها من الموت، وإن مضت الأربعة والعشر قبل تمام الأقراء أتمت الأقراء،

وَيُوقَفُ نَصِيبُ زَوْجَاتٍ حَتَّى يَصْطَلِحْنَ.

فَصْلٌ

أَسْلَمَا مَعَاً اسْتَمَرَّتِ النَّفَقَةُ، وَلَوْ أَسْلَمَ وَأَصَرَّتْ

وابتداؤها من حين إسلامهما إن أسلما معاً، وإلا فمن حين إسلام السابق منهما.

تنبيه: قال البلقيني: ولا بدّ من التنبيه على أمر، وهو أنه إذا حسبت الأقراء من حين الإسلام فلا ينبغي أن يفهم لزوم الأكثر من الأقراء، والأشهر على معنى مقابلة المجموع بالمجموع، إذ يلزم عل ذلك أنه لو كانت ممن يتباعد حيضها حتى مضى بين الإسلام والموت قرءان في أربعة أشهر ومضى حق القرء الآخر في شهرين مثلاً فلا نقول تنقضي عدّتها حينئذ، وإن الأكثر الأقراء بالنسبة إلى المجموع، وإنما المراد الأكثر من أربعة أشهر وعشر وما بقي من الأقراء صرّح بذلك البغوي وهو ظاهر اهـ ولذلك قدّرته في كلام المصنف **(ويوقف نصيب زوجات)** مسلمات من ربع أو ثمن عائل أو غيره، ولا يوزع عليهنّ؛ لأنا نعلم أن فيهنّ زوجات وقد جهلنا عينهنّ؛ لأن الإسلام يقرّ نكاح أربع زوجات ويزيل نكاح البواقي فوجب التوقف **(حتى يصطلحن)** فيقسم الموقوف على ما يقع عليه الاتفاق بينهنّ من تفاضل أو تساو؛ لأن الحق لهنّ. نعم لو كان فيهنّ غير مكلفة لم يكن لوليها أن يصالح عنها على أقلّ ما تقتضيه القسمة كالثمن إذا كنّ ثمانية، أو السدس إذا كنّ ستة؛ لأنه خلاف الحظ، وقبل الاصطلاح يعطين اليقين، ففي ثمان طلب أربع منهنّ لم يعطين، فإن طلب خمس دفع لهن ربع الموقوف، أو ست فنصفه، أو سبع فثلاثة أرباعه، ولهنّ قسمة ما أخذته والتصرّف فيه، ولا ينقطع بما أخذته تمام حقهنّ بناء على أنه لا يشترط في الدفع إليهنّ أن يبرئن عن الباقي، وهو ما صححه الشيخان؛ لأنا تيقنا أن فيهنّ من تستحق المدفوع فكيف يكلفن بدفع الحق إليهنّ إسقاط حق آخر إن كان. أما الزوجات الكافرات فلا يوقف لهنّ شيء، وكذا إذا لم يتحقق إرث المسلمات، كما إذا أسلم على أكثر من أربع كتابيات وأسلم منهنّ أربع، أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات وأسلم معه الوثنيات ومات قبل الاختيار فلا يوقف للزوجات شيء، بل تقسم كل التركة بين باقي الورثة؛ لأن استحقاق الزوجات الإرث غير معلوم لاحتمال أنهنّ الكتابيات وكذا لو كان تحته مسلمة وكتابية فقال: إحداكما طالق ومات ولم يبين.

فَصْلٌ

في حكم مؤن الزوجة إذا أسلمت، أو ارتدّت مع زوجها، أو تخلف أحدهما عن الآخر، إذا **(أسلما)** أي الزوجان **(معاً)** قبل دخول أو بعده **(استمرّت النفقة)** وغيرها من بقية المؤن لدوام النكاح والتمكين **(ولو أسلم)** هو **(وأصرّت)** وهي غير كتابية كما في المحرّر والروضة

حَتَّى انْقَضَتِ الْعِـدَّةُ فَلاَ، وإِنْ أَسْلَمَتْ فِيهَا لَمْ تَسْتَحِقَّ لِمُدَّةِ التَّخَلُّفِ في الجَدِيدِ، وَلَـوْ أَسْلَمَتْ أَوَّلاً فَأَسْلَمَ في الْعِـدَّةِ أَوْ أَصـرَّ فَلَهـا نَفقَـةُ الْعِـدَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ ،وَإِنِ ارْتَـدَّتْ فَـلاَ نَفقَـةَ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ في الْعِدَّةِ، وَإِنْ ارْتَدَّ فَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ.

كـأصلها (**حتى انقضت العـدّة فلا**) نفقـة لهـا ولا شيء من بقيـة المؤن لإسـاءتهـا بتخلفهـا عن الإسلام، فهي كناشزة. وقيل: تجب؛ لأن المنع من جهته فهـو كما لـو حج، وردّ بـأن الإسلام فرض مضيق عليه بخلاف الحج. أما الكتابية فلها النفقة قطعـاً إذا كان يحـلّ له ابتـداء نكاحهـا وإلا فهي كغيرها من الكـافرات (**وإن أسلمت فيهـا**) أي العدّة (**لم تستحق لمـدّة التخلف**) شيئاً (**في الجديد**) لما مرّ، والقديم الوجوب؛ لأنه تبين بالآخر أنها كانت زوجة وهي لم تحدث شيئاً والزوّج هو الذي بدل الـدين. قال الـزركشي: ولم يفصلوا بين أن يكون التخلف لعـذر أم لا، وينبغي إذا تخلفت لصغر أو جنون أو إغماء ثم أسلمت عقب زوال المانع أن تستحق، وتعليلهم يرشد إليه اهـ وردّ هذا البحث وإن كان التعليل يرشد إليه بأنها تسقط بعدم التمكين وإن لم يكن نشوز ولا تقصير من الزوجة كما تسقط بحبسها ظلماً.

تنبيه: لو اختلفا في سبق الإسلام فقال الزوج: أسلمت أوّلاً فـلا نفقة لـك، وقالت: بـل أسلمـت أوّلاً فلي النفقة صدقت بيمينها؛ لأن النفقة كانت واجبة فهو يدعى مسقـطاً، فأشبـه ما إذا ادّعى عليها النشوز وهي تنكره (**ولو أسلمت**) هي (**أوّلاً فأسلم**) هو (**في العدّة**) فلها نفقة مدّة تخلفه (**أو أصرّ**) إلى انقضاء العدّة (**فلها نفقة العـدّة على الصحيح**) أمـا في الأولى فلأنهـا أدّت فرضاً مضيقاً عليها فلا يمنع النفقة كصوم رمضان. وأما في الثانية فلأنها أحسنت وهـو قادر على تقرير النكـاح بأن يسلم فجعلت كـالرجعيـة، وقضية هـذا عدم استمـرار وجوب النفقـة فيما لـو تخلف إسلامه لعذر من صغر أو جنون أو إغماء ودام به المانـع حتى انقضت العدّة وهـو البحث المتقدّم، وبحثه الزركشي أيضاً وليس مراداً، بل تعليلهم بذلك جـرى على الغالب. والثـاني: لا تستحق فيهمـا، أمـا في الأولى فـلأنـه استمـرّ على دينـه، وهي التي أحـدثت المـانـع من الاستمتاع وإن أطاعت به كالحج، وردّت بأن الحـج موسـع والإسلام مضيق. وأمـا في الثانيـة فلأنها بائن حائل ولهذا لو طلقها لم يقع الطلاق، وفرق المتولي بين هذه وبين ما إذا سبقت إلى الإسلام قبل الدخول حيث يسقط مهرها مـع إحسانهـا بأن المهـر عوض العقـد فسقط بتفويت العـاقد معـوّضه وإن كـان معذوراً كـأكل البـائع المبيـع مضطراً والنفقـة للتمكين، وإنما تسقط للتعدّي ولا تعدّي هنا (**وإن ارتدّت**) زوجة وحدهـا (**فلا نفقـة**) لها زمن الـردّة (**وإن أسلمت في العدّة**) لأنها كالناشزة بالـردّة، بل أولى وتستحق من وقت الإسـلام في العدة (**وإن ارتـدّ**) الزوج وحده (**فلها**) عليه (**نفقة العدة**) لأن المانع من جهته، ولو ارتدا معاً فلا نفقة لها لمـا مرّ، وبحث الرافعي أن يجيء فيه الخلاف في تشطير المهر بردّتهما قبـل الدخـول وأقرّه المصنف، ولكن لا يلزم من جـريان الخـلاف الاتحـاد في التـرجيـح، ولـو ارتـدت فغـاب ثم أسلمت وهـو غـائب

بَابُ الْخِيَارَ وَالإِعْفَافِ وَنِكَاحِ الْعَبْدِ

وَجَدَ أَحَدُ زَوْجَيْنِ بِالْآخَرِ جُنُوناً

استحقت النفقة من حين إسلامها. فإن قيل: الردة أولى من النشوز كما مرّ، وهي لو نشزت فغاب ثم عادت إلى الطاعة وهو غائب لم تستحق النفقة حتى يصل الخبر إليه ويمضي زمان لو سافر إليها لأمكنه الوصول فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن سقوط النفقة بالردة زال بالإسلام وسقوطها بالنشوز للمنع من الاستمتاع والخروج من قبضته، وذلك لا يزول مع الغيبة كما ذكره البغوي في تهذيبه.

خاتمة: لو اختلفا في السابق بالإسلام قبل الدخول فادّعت سبق الزوج به ليثبت لها نصف المهر، وعكس هو فالقول قولها بيمينها؛ لأن الأصل بقاء نصف المهر، فإن ادّعى الزوج سبقها فقالت: لا أعرف السابق منا لم نطالبه بشيء من المهر، فإن ادعت بعد قولها ذلك علمها بسبق إسلامه صدقت بيمينها وأخذت النصف وإن جعل السبق والمعية باعترافهما فالنكاح باق؛ لأن الأصل بقاؤه، وإن جهل السابق منهما فلا نكاح بينهما لاتفاقهما على تعاقب الإسلام قبل الدخول ولا يطالب بنصف المهر إن لم تكن قبضت المهر لاحتمال سبقها، ولا يستردّه هو منها إن كانت قبضته لاحتمال سبقه فيقرّ النصف في يدها حتى يتبين الحال، ولو أقام الزوج شاهدين أنهما أسلما حين طلعت الشمس أو غربت يوم كذا قبلت شهادتهما استمرّ النكاح أو أنهما أسلما مع طلوع الشمس أو غروبها يوم كذا لم تقبل؛ لأن وقت الطلوع أو الغروب يتناول حال تمامه وهي حالة واحدة، والمعية للطلوع أو الغروب تتناول أوّله وآخره، فيجوز أن يكون إسلام أحدهما مقارناً لطلوع أوّل القرص أو غروبه، وإسلام الآخر مقارناً لطلوع آخره أو غروبه.

بَابُ الْخِيَارِ

في النكاح (**والإعفاف ونكاح العبد**) وما يذكر معها. وأسباب الخيار المتفق عليه ثلاثة، وعدها في الرّوضة أربعة، فجعل العنة سبباً مستقلاً، والأوجه دخولها في العيوب. وأما المختلف فيها فكالإعسار بالمهر أو النفقة، وكأن يجد أحدهما الآخر رقيقاً أو يجد الزوج المرأة لا تحتمل الوطء إلا بالإفضاء، وسيأتي الكلام على ذلك في محله. الأول من الثلاثة العيوب، وتنقسم إلى ثلاثة أقسام: قسم مشترك بين الزوجين، وقسم مختصّ بالزوجة، وقسم مختص بالزوج، وقد بدأ المصنف بالقسم الأول من العيوب، فقال إذا (**وجد أحد الزوجين بالآخر جنوناً**) وإن تقطع أو كان قابلاً للعلاج ثبت له الخيار كما سيأتي، والجنون زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوّة في الأعضاء، واستثنى المتولي من المتقطع الخفيف الذي يطرأ

أَوْ جُذَاماً أَوْ بَرصاً، أَوْ وَجَدَها رَتْقَاءَ أَوْ قَرْنَاءَ أَوْ وجدَتْهُ عَنِيناً أَوْ مَجْنُوناً ثَبَتَ الخِيَارُ في فَسْخِ النِّكَاحِ،

في بعض الزمان. أما الإغماء بالمرض فلا يثبت به خيار كسائر الأمراض، ومحله كما قال الزركشي فيما تحصل منه الإفاقة كما هو الغالب، أما المأيوس من زواله فكالجنون كما ذكره المتولي، وكذا إن بقي الإغماء بعد المرض فيثبت به الخيار كالجنون، وألحق الشافعي رضي الله تعالى عنه الخبل بالجنون، والإصراع نوع من الجنون كما قاله بعض العلماء **(أو** وجد أحد الزوجين بالآخر **(جذاماً)** وهو علة يحمرّ منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصوّر ذلك في كلّ عضو لكنه في الوجه أغلب **(أو برصاً)** وهو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب دمويته ثبت له الخيار كما مرّ. هذا إذا كانا مستحكمين، بخلاف غيرهما من أوائل الجذام، والبرص لا يثبت به الخيار كما صرّح به الجويني قال: والاستحكام في الجذام يكون بالتقطع وتردّد الإمام فيه وجوّز الاكتفاء باسوداده، وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة ولم يشترطوا في الجنون الاستحكام. قال الزركشي: ولعل الفرق أن الجنون يفضي إلى الجناية على الزوج. فإن قيل: كيف يتصوّر فسخ المرأة بالعيب؛ لأنها إن علمت به فلا خيار لها، وإن لم تعلم به التنقي من العيوب شرط في الكفاءة فلا يصح النكاح إذا عدم التكافؤ. أجيب بأن هذا غفلة عن قسم آخر، وهو ما إذا أذنت في التزويج من معين أو من غير كفء وزوجها الوليّ منه بناء على أنه سليم فإذا هو معيب، فالمذهب صحة النكاح كما صرّح به الإمام في باب التولية والمرابحة، ويثبت الخيار بذلك. ثم شرع فيما هو مختص بالزوجة، فقال **(أو وجدها)** الزوج **(رتقاء أو قرناء)** بأن انسدّ محل الجماع منها في الأول بلحم وبالثاني بعظم في الأصح، وقيل بلحم وعليه فالرتق والقرن واحد ثبت له الخيار كما سيأتي، وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع وإن شقته وأمكن الوطء فلا خيار، ولا تمكن الأمة من الشق قطعاً إلا بإذن السيد. ثم شرع فيما هو مختص بالزوج، فقال: **(أو وجدته عنيناً)** وهو العاجز عن الوطء في القبل خاصة، قيل: سمي عنيناً للين ذكره وانعطافه مأخوذ من عنان الدابة للينه **(أو مجبوباً)** وهو مقطوع جميع الذكر أو لم يبق منه قدر الحشفة. أما إذا بقي منه ما يولج قدرها فلا خيار لها، وجواب إذا المقدرة في كلام المتن قوله **(ثبت)** لواجد العيب من الزوجين **(الخيار في فسخ النكاح)** كما تقرّر. لكن بعد ثبوت العيب عند القاضي كما سيأتي، وثبوت الخيار بهذه العيوب قال به جمهور العلماء وجاءت به الآثار، وصح ذلك عن عمر رضي الله عنه في الثلاثة الأول، وهي المشتركة بين الزوجين، رواه عنه الشافعي وعوّل عليه؛ لأن مثله لا يكون إلا عن توقيف، وفي الصحيح: «فِرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ فِرَارَكَ مِنَ الأَسدِ» قال الشافعي في الأم: وأما الجذام والبرص فإنه: أي كلًا منهما يعدي الزوج ويعدي الولد، وقال في موضع آخر: الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يعدي كثيراً، وهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب أن يجامع من هو به، والولد قلّ ما يسلم منه، فإن سلم أدرك نسله. فإن قيل:

وَقِيلَ إِنْ وَجَدَ بِهِ مِثْلَ عَيْبِهِ فَلاَ، وَلَوْ وَجَدَهُ خُنْثَىٰ وَاضِحاً فَلاَ فِي الأَظْهَرِ،

كيف قال الشافعي إنه يعدي وقد صحّ في الحديث لا عدوى؟. أجيب بأن مراده أنه يعدي بفعل الله لا بنفسه، والحديث ورد ردّاً لما يعتقده أهل الجاهلية من نسبة الفعل لغير الله تعالى وأن مخالطة الصحيح لمن به شيء من هذه الأدواء سبب لحدوث ذلك الداء، ولأن معظم النكاح هو الوطء والقرن والرتق مانعان منه فيتعذر مقصوده، وحكى الماوردي إجماع الصحابة على ثبوت الخيار بالجب والعنة.

تنبيه: شمل إطلاق المصنف ما لو زال العيب قبل الفسخ وما لو علم به بعد الموت، والأصح لا خيار فيهما، وقضية قوله وجد أنه لو علم أحدهما بعيب صاحبه قبل العقد لا خيار له وليس على إطلاقه، بل لو علمت بعنته قبل العقد فلها الخيار بعده على المذهب؛ لأن العنة تحصل في حقّ امرأة دون أخرى وفي نكاح دون نكاح، وثبت الخيار للزوجة بالعنة وإن كان قادراً على جماع غيرها، ولا فرق في ثبوت الخيار فيما ذكر بين أن يجد أحد الزوجين بالآخر **مثل** ما به من العيب أو لا (**وقيل: إن وجد به مثل عيبه**) من الجذام أو البرص قدراً وفحشاً (**فلا**) خيار له لتساويهما. وأجاب الأول بأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه. أما المجنونان جنوناً مطبقاً فيتعذر الخيار لهما لانتفاء الخيار، وقول المصنف مثل عيبه احترز به عما إذا كان في أحدهما أكثر أو أفحش أو اختلف الجنس فإنه يثبت الخيار قطعاً. نعم إن كان مجبوباً بالموحدة وهي رتقاء، فطريقان: قيل: كالجنس، وقيل: لا خيار قطعاً، ولو اختلفا في شيء هل هو عيب كبياض هل هو برص أو لا؟ صدق المنكر وعلى المدعي البينة.

تنبيه: قد علم مما تقرّر أن جملة العيوب سبعة، وأنه يمكن في حق كل من الزوجين خمسة، واقتصار المصنف على ما ذكر من العيوب يقتضي أنه لا خيار فيما عداها. قال في الروضة: وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور فلا خيار بالبخر، والصنان، والاستحاضة، والقروح السيالة، والعمى، والزمانة، والبله، والخصاء، والإفضاء، ولا بكونه يتغوّط عند الجماع؛ لأن هذه الأمور لا تفوّت مقصود النكاح بخلاف نظيره في البيع لفوات المالية (**ولو وجده خنثى واضحاً**) بأن زال إشكاله قبل عقد النكاح بذكورة أو أنوثة (**فلا**) خيار له (**في الأظهر**) سواء أوضح بعلامة قطعية أم ظنية أو بإخباره؛ لأن ما به من ثقبة أو سلعة زائدة لا يفوت مقصود النكاح، والثاني: له الخيار بذلك لنفرة الطبع عنه. أما الخنثى المشكل فنكاحه باطل ولو وجدها مستأجرة العين نقل الشيخان عن المتولي أنه ليس له منعها عن العمل ولا نفقة عليه، وظاهره أنه لا خيار له وهو المعتمد، ونقلا عن الماوردي أن له الخيار إن جهل، ولا يسقط برضا المستأجر بالاستمتاع نهاراً، ويلحق بالمرأة الرّتقاء ضيقة المنفذ إن كان يحصل إفضاؤها بالوطء من كل واطىء كما أشار إليه الرافعي في الديات، وعلى هذا يقاس بالعنين كبير الآلة بحيث لاتسع حشفته امرأة، وبه صرّح الغزالي في الديات، وأغرب الخفاف فعدّ في

وَلَوْ حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ تَخَيَّرَتْ إِلَّا عُنَّةً بَعْدَ دُخُولٍ، أَوْ بِهَا تَخَيَّرَ فِي الجَدِيدِ، وَلَا خِيَارَ لِوَلِيٍّ بِحَادِثٍ، وَكَذَا بِمُقَارِنِ جَبٍّ وَعُنَّةٍ، وَيَتَخَيَّرُ بِمُقَارِنِ جُنُونٍ، وَكَذَا جُذَامٍ وَبَرَصٍ فِي الأَصَحِّ،

عيوب الرجل كونه مشعر الإحليل. قال الزركشي: وينبغي على قياسه كون المرأة خشنة المدخل بحيث يتأذى المدخل (**ولو حدث به**) أي الزوج بعد العقد (**عيب**) كأن جب ذكره (**تخيرت**) قبل الدخول جزماً، وبعده على الأصحّ لحصول الضرر به كالمقارن مع أنه لا خلاص لها إلا بالفسخ بخلاف الرجل.

تنبيه: شمل إطلاق ما لوجبت ذكر زوجها وهو الأصح. فإن قيل: إذا عيب المشتري المبيع لم يثبت له خيار، فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأنها بالجب لا تصير قابضة لحقها، فهي كالمستأجر إذا عيب العين المستأجرة، والمشتري بالتعييب قابض لحقه (**إلا عنة**) حدثت (**بعد دخول**) لحصول مقصود النكاح من المهر وثبوت الحضانة، وقد عرفت قدرته على الوطء ووصلت إلى حقها منه. فإن قيل: الجب كذلك. أجيب بأن الجب حصل به اليأس بخلاف العنة. فإن قيل: الوطء حقّ للزوج بدليل أنه لو امتنع منه دائماً لا خيار لها ولا يأثم بتركه ولا يدخل في القسم بين الزوجات فله أن يطأ بعضهن ويترك بعضهن، فقولهم: انها استوفت حقها منه يدل على أن لها حقاً في ذلك. أجيب بأن محله ما دامت مترجية للوطء فإن داعية الزوج كافية في ذلك، فإذا أيست منه أثبتوا لها الخيار لتضرّرها (**أو**) حدث (**بها**) عيب (**تخير**) الزوج قبل الدخول وبعده (**في الجديد**) كما لو حدث به، والقديم لا لتمكنه من الخلاص بالطلاق بخلافها، وردّ بتضرره بنصف الصداق أو كله. قال ابن الرفعة: ولا يبعد على الجديد أن يكون حدوث الرتق والقرن بعد الوطء كحدوث الجبّ في الخلاف اهـ وهو ظاهر. قال ابن شهبة: وصرّح به القاضي حسين في النفقات.

فرع: لو حدث به جبّ فرضيت ثم حدث بها رتق أو قرن فهل يثبت له الخيار أم لا لقيام المانع به، قال الزركشي: فيه نظر اهـ، والأوجه ثبوته (**ولا خيار لوليّ**) بنسب أو غيره كسيد (**بحادث**) من العيب بالزوج، إذ لا عار عليه في العرف بخلافه في الابتداء، ولهذا لو عتقت تحت عبد ورضيت به ليس له الفسخ وإن كان له المنع ابتداء من نكاح الرقيق (**وكذا بمقارن جبّ وعنة**) للعقد لاختصاصها بالضرر ولا عار عليه. فإن قيل: العنة لا تثبت إلا بعد العقد فكيف صورتها؟. أجيب بتصويره بما إذا تزوّجها وعرف الوليّ عنته ثم طلقها وأراد تجديد نكاحها. فإن قيل: هذا معترض بأنه قد يعنّ في نكاح دون نكاح كما هو الأصح. أجيب بأن الأصل الاستمرار (**ويتخير**) الوليّ (**بمقارن جنون**) للزوج وإن رضيت به الزوجة لتعيره بذلك (**وكذا جذام وبرص**) مقارنان يتخير الوليّ بكل منهما (**في الأصح**) للعار وخوف العدوى للنسل،

وَالخِيَارُ عَلَى الْفَوْرِ، وَالْفَسْخُ قَبْلَ دُخولٍ يُسْقِطُ المَهْرَ وَبَعْدَهُ الأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ إِنْ فُسِخَ بِمُقَارِنٍ أَوْ بِحَادِثٍ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَهِلَهُ الوَاطِىءُ، وَالمُسَمَّى إِنْ حَدَثَ بَعْدَ وَطْءٍ،

والثاني: المنع لاختصاص الضرر بالمرأة، فإذا فسخ من ثبت له الخيار بعيب ظنه ثم تبين أنه ليس بعيب بطل الفسخ **(والخيار)** في الفسخ بهذه العيوب إذا ثبت يكون **(على الفور)** لأنه خيار عيب فكان على الفور كما في البيع، والمعنى بكونه على الفور أن المطالبة والرفع إلى الحاكم يكونان على الفور، ولا ينافي ذلك ضرب المدّة في العنة فإنها حينئذ تتحقق، وإنما يؤمر بالمبادرة إلى الفسخ بعد تحقق العيب ولو ادّعى جهل الفور فقياس ما تقدّم في الردّ بالعيب أنه يقبل لخفائه على كثير من الناس، ولو قال أحدهما: علمت بعيب صاحبي وجهلت الخيار قبل قوله بيمينه إن أمكن وإلا فلا **(والفسخ)** منه أو منها بعيب فيها أو فيه مقارن للعقد أو حادث **(قبل دخول يسقط المهر)** ولا متعة لها أيضاً؛ لأنه إن كان العيب به فهي الفاسخة فلا شيء لها، وإن كان بها فسبب الفسخ معنى وجد فيها فكأنها هي الفاسخة **(و)** الفسخ **(بعده)** أي الدخول بأن لم يعلم به إلا بعده **(الأصح)** وفي الروضة الصحيح المنصوص **(أنه يجب مهر مثل إن فسخ)** النكاح **(بمقارن)** للعقد **(أو)** فسخ **(بحادث بين العقد والوطء جهله الواطىء)** إن كان بالموطوءة وجهلته هي إن كان بالواطىء؛ لأنه قد استمتع بمعيبة، وهو إنما بذل المسمى على ظنّ السلامة ولم تحصل، فكأن العقد جرى في الأوّل بلا تسمية، ويجعل اقترانه بالوطء المقارن للمهر في الثاني كالاقتران بالعقد فكأنه أيضاً جرى بلا تسمية، ولأن قضية الفسخ رجوع كل منهما إلى عين حقه أو إلى بدله إن تلف فيرجع الزوج إلى عين حقه وهو المسمى والزوجة إلى بدل حقها وهو مهر المثل لفوات حقها بالدخول، وبما تقرّر من أن ما ذكر صير التسمية كالعدم سقط ما قيل: الفسخ إن رفع العقد من أصله فالواجب مهر المثل مطلقاً أو من حينه فالمسمى كذلك، وأجاب السبكي عما قيل بأن الذي يختاره هنا وفي الإجارة أنه يرفعه من حين حدوث سببه لا من أصل العقد ولا من حين الفسخ، وعليه يستقيم هذا التفصيل، والنكاح والإجارة من واد واحد؛ لأن المعقود عليه فيهما المنافع، وهي لا تقبض حقيقة إلا بالاستيفاء بخلاف البيع، فإن القبض فيه مقرّر. وأما الفسخ في النكاح بالردّة والرضاع والإعسار، فمن حينه قطعاً، وكذا الخلع اهـ والفرق دقيق، والأوّل أولى **(و)** الأصح أنه يجب **(المسمى إن حدث)** العيب **(بعد وطء)** لأنه استقرّ بالوطء قبل وجود سبب الخيار فلا يغير. والثاني هو قول مخرج يجب المسمى مطلقاً لتقرّره بالدخول. والثالث مهر المثل مطلقاً، وقيل في المقارن: إن فسخ بعيبها فمهر المثل وإن فسخت بعيبه فالمسمى. والحاصل أن الوطء مضمون بلا خلاف؛ لأن الوطء في النكاح لا يخلو عن مقابل، وإنما الخلاف هو يجب المسمى أو مهر المثل. فإن قيل في ردّ الجارية المبيعة بعيب وطؤها غير مضمون وقد اشتركا في الفسخ بالعيب. أجيب بأن الوطء مقصود في النكاح فوجب بذله بكل حال، والوطء في المبيع ليس مقصوداً في البيع،

وَلَوْ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ بَعْدَ وَطْءٍ فَالْمُسَمَّى وَلَا يَرْجِعُ الزَّوْجُ بَعْدَ الْفَسْخِ بِالمَهْرِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ فِي الجَدِيدِ، وَيُشْتَرَطُ فِي الْعُنَّةِ رَفْعٌ إِلَى حَاكِمٍ، وَكَذَا سَائِرُ الْعُيُوبِ فِي الأَصَحِّ، وَتَثْبُتُ الْعُنَّةُ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ عَلَى إِقْرَارِهِ، وَكَذَا بِيَمِينِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ فِي الأَصَحِّ،

وإنما العقد على الرقبة، والوطء منفعة ملكه فلم يقابله عوض.

فرع: لو فسخ بمقارن للوطء كان كالفسخ بحادث قبله كما بحثه بعض المتأخرين فيجب مهر المثل لا المسمى.

فرع: لا نفقة للمفسوخ نكاحها بعد الدخول في العدّة إن كانت حائلاً أو حاملاً لانقطاع أثر النكاح بالفسخ، ولها السكنى لأنها معتدّة عن نكاح صحيح تحصيناً للماء **(ولو انفسخ)** النكاح **(بردّة)** منه أو منها **(بعد وطء)** بأن لم يجمعها الإسلام في العدّة **(فالمسمى)** هو الواجب؛ لأن الوطء قرّر المسمى قبل وجودها، والردّة لا تسند إلى ما تقدّم **(ولا يرجع الزوج)** الفاسخ **(بعد الفسخ بالمهر)** الذي غرمه **(على من غرّه)** من وليّ أو زوجة بالعيب المقارن **(في الجديد)** لاستيفائه منفعة البضع المتقوّم عليه بالعقد، والقديم يرجع به للتدليس عليه بإخفاء العيب المقارن للعقد، وردّ بأنه يلزم منه أن يجمع بين العوض والمعوض، وهو ممنوع. أما العيب الحادث بعد العقد إذا فسخ به فلا يرجع بالمهر جزماً لانتفاء التدليس، وصور في التتمة التغرير منها بأن تسكت عن عيبها وتظهر للوليّ معرفة الخاطب به، وصوّره أبو الفرج الزاز بأن تعقد بنفسها ويحكم حاكم بصحته وكل صحيح، ولو أجاز الزوج فعليه المسمى ولا يرجع به على الغارّ جزماً **(ويشترط في)** الفسخ بعيب **(العنة رفع إلى حاكم)** جزماً ليفعل ما سيأتي بعد ثبوتها **(وكذا سائر)** أي باقي **(العيوب)** السابقة يشترط في الفسخ بكل منها الرفع إلى الحاكم **(في الأصح)** لأنه مجتهد فيه، فأشبه الفسخ بالإعسار، والثاني: لا، بل لكل منهما الانفراد بالفسخ كالردّ بالعيب.

تنبيه: قضية كلامه أنهما لو تراضيا بالفسخ مما يجوز الفسخ به لم يصح، وبه صرّح في المحرّر **(وتثبت العنة بإقراره)** أي الزوج بها عند الحاكم كغيرها من الحقوق **(أو بينة)** تقام عند الحاكم **(على إقراره)** ولا يتصوّر ثبوتها بالبينة؛ لأنه لا مطلع للشهود عليها، يؤخذ من هذا أنّ دعوى امرأة الصبيّ والمجنون العنة عليهما لا تسمع لسقوط قولهما **(وكذا)** تثبت العنة **(بيمينها)** المردودة **(بعد)** إنكاره العنة، و **(نكوله)** عن اليمين **(في الأصح)** وإنما جاز لها الحلف؛ لأنها تعرف ذلك بالقرائن والممارسة كما يجوز لها أن تحلف أنه نوى الطلاق بالكناية إذا دلت قرينة على ذلك، بخلاف الشهادة بها، إذ لا يعرف الشهود من ذلك ما تعرفه هي. والثاني: لا يردّ اليمين عليها ويقضي بنكوله.

تنبيه: كان الأولى التعبير بالتعنين كما في الرّوضة؛ لأن العنة في اللغة هي الحظيرة

وَإِذَا ثَبَتَتْ ضَرَبَ الْقَاضِي لَهُ سَنَةً، بِطَلَبِهَا، فَإِذَا تَمَّتْ رَفَعَتْهُ إِلَيْهِ فَإِنْ قَالَ وَطِئْتُ حُلِّفَ،

المعدّة للإبل والبقر والغنم كما قاله المصنف في تحريره. قال: وما يقع في كتب الأصحاب من قولهم: العنة، ويريدون به التعنين فليس بمعروف في اللغة اهـ، واعترض بأن ابن مالك قال في مثلثه: العنة بالضم: العجز عن الجماع. وقال أبو عبيدة: يقال للمرأة التي لا تريد الرجال عنينة (**وإذا ثبتت**) عنة الزوج (**ضرب القاضي له سنة**) كما فعله عمر رضي الله تعالى عنه، رواه الشافعي رضي الله عنه والبيهقي وغيرهما. وقال في النهاية: أجمع المسلمون على اتباع قضاء عمر رضي الله عنه في قاعدة الباب، والمعنى فيه مضيّ الفصول الأربعة؛ لأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة فتزول في الشتاء، أو برودة فتزول في الصيف، أو يبوسة فتزول في الرّبيع، أو رطوبة فتزول في الخريف، فإذا مضت السنة ولا إصابة علمنا أنه عجز خلقيّ.

تنبيه: ابتداء المدّة من ضرب القاضي، لا من وقت ثبوت العنة لأنها مجتهد فيها، بخلاف مدّة الإيلاء فإنها من وقت الحلف للنصّ. وتعتبر السنة بالأهلة، فإن كان ابتداؤها في أثناء شهر كمل من الشهر الثالث عشر ثلاثين، وظاهر كلام المصنف كغيره في ضرب السنة أنه لا فرق فيه بين الحرّ والعبد، ولا بين المسلم وغيره، ولا بين أن يقول مارست نفسي وأنا عنين فلا تضربوا لي مدّة أم لا، وهو كذلك؛ لأنّ ذلك شرع لأمر جبليّ، فأشبه الحيض والرّضاع، فلا يختلفون في كون المدّة سنة، وإنما تضرب المدّة (**بطلبها**) أي الزوجة لأنّ الحق لها، ويكفي قولها: أنا طالبة حقي بموجب الشرع وإن جهلت بتفصيل الحكم، فإن سكتت لم تضرب. نعم إن علم القاضي أن سكوتها لجهل أو دهشة أو غفلة فلا بأس بتنبيهها.

تنبيه: أفهم قوله: بطلبها أنّ الوليّ لا ينوب عنها في ذلك عاقلة كانت أو مجنونة، وهو كذلك، وليس للرتقاء والقرناء دعوى العنة كما قاله صاحب الخصال، ولا للأمة لأنه يلزم منه بطلان نكاحها كما قاله الجرجاني؛ لأن العنين لا يخاف العنت، وهذا ظاهر إن ادّعت عنه مقارنة للعقد، وإلا فتسمع لانتفاء ما ذكر (**فإذا تمت**) تلك السنة المضروبة للزوج ولم يطأ على ما يأتي ولم تعتز له فيها (**رفعته**) ثانياً (**إليه**) أي القاضي، فلا تفسخ بلا رفع، إذ مدار الباب على الدعوى والإقرار والإنكار واليمين فيحتاج إلى نظر القاضي واجتهاده.

تنبيه: قضية كلامهم، بل صريحه أن الرفع ثانياً بعد السنة يكون على الفور، وهو كما قال شيخنا المعتمد، وإن خالف في ذلك الماوردي والرّوياني (**فإن قال: وطئت حلف**) بعد طلبها أنه وطىء كما ذكر، وإنما صدق بيمينه في ذلك مع أن الأصل عدم الوطء لعسر إقامة بينة الجماع والأصل السلامة ودوام النكاح، هذا في الثيب. أما البكر إذا شهد أربع نسوة ببكارتها فالقول قولها للظاهر، وهل تحلف أو لا؟ فيه وجهان رجح في الشرح الصغير الأوّل، وهو الرّاجح كما قاله الاسنوي وغيره، ونقله الأذرعي وغيره عن نصّ الأمّ، وعليه قال ابن الرّفعة: ظاهر النصّ أنها لا تحلف إلا أن يطلب الزوج يمينها، ورجح ابن المقري الثاني، فإن ادّعى

فَإِنْ نَكَلَ حُلِّتْ فَإِنْ حَلَفَتْ أَوْ أَقَرَّ اسْتَقَلَّتْ بِالْفَسْخِ ، وَقِيلَ يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْقَاضِي أَوْ فَسْخِهِ ،

الزوج عود البكارة بأن قال بعد شهادتهنّ: أصبتها ولم أبالغ فعادت بكارتها وطلب يمينها حلفت أنه لم يصبها.

تنبيه: ما ذكره المصنف من كون القول قول الزوج في الوطء هو أحد ثلاثة مواضع مستثناة مما إذا اختلف الزوجان في الإصابة فإن القول قول النافي أخذاً بالأصل. الموضع الثاني المولي، وهو كالعنين في أكثر ما ذكر، وإذا طلق عنين أو مول قبل الوطء زوجته بعد أن حلفا على الوطء فليس لهما رجعة؛ لأنها المصدّقة بيمينها في إنكارها الوطء لدفع رجعتها وإن صدّق الأوّل لدفع العنة، والثاني لدفع المطالبة عنه، إذ لا يلزم من تصديق الشخص للدفع عن نفسه تصديقه لإثبات حق له على غيره، إذ اليمين حجة ضعيفة، ونظروا ذلك بمسألتين: الأولى: إذا صدّقنا الوديع في تلف الوديعة ثم ظهرت مستحقة وغرّمه مستحقها بدلها لم يرجع به على المودع إن حلف المودع أنها لم تتلف فيمين الوديع دافعة عنه الغرم غير مثبتة له الرجوع. الثانية: دار في يد اثنين ادّعى أحدهما جميعها، وقال الآخر: بل هي بيننا نصفين صدق الآخر بيمينه، فإذا باع مدّعي الكل نصيبه من ثالث ليس للآخر الأخذ بالشفعة؛ لأن يمينه رفعت الأخذ منه فلا تكون مثبتة له حقاً. الموضع الثالث: مطلقة ادّعت الوطء قبل الطلاق لتستوفي المهر وأنكره فأتت بولد لزمان يلحقه ظاهراً فالقول قولها بيمينها إن لم ينفه لترجيح جانبها بالولد، كذا نقلاه في الشرح والروضة عن الأئمة وأقرّاه، وأورد على حصرهما مسائل: الأولى: إذا ادّعت البكارة المشروطة وأنها زالت بوطئه فتصدّق بيمينها لدفع الفسخ. الثانية: إذا ادّعت المطلقة ثلاثاً أن المحلل وطئها وفارقها فانقضت عدّتها فأنكر المحلل الوطء، فتصدق بيمينها لحلها للأوّل لا لتغريم مهرها لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة وبينة الوطء متعذرة. الثالثة: إذا قال لها وهي طاهر: أنت طالق للسنة ثم ادّعى وطأها في هذا الطهر ليدفع وقوع الطلاق في الحال وأنكرته فيصدق بيمينه؛ لأن الأصل بقاء النكاح. الرابعة: إذا علق طلاقها بعدم الوطء ثم اختلفا كذلك فهو في المصدق لما ذكر، وبه أجاب القاضي في فتاويه فيما لو علقه بعدم الإنفاق عليها ثم ادّعى الإنفاق فإنه المصدق بيمينه لعدم وقوع الطلاق لا لسقوط النفقة وإن قال ابن الصلاح في فتاويه: الظاهر الوقوع (**فإن نكل**) عن اليمين (**حلفت**) هي أنه لم يطأها (**فإن حلفت**) على ذلك (**أو أقرّ**) هو بذلك (**استقلت**) هي (**بالفسخ**) كما يستقلّ بالفسخ من وجد بالمبيع عيباً، لكن إنما تفسخ بعد قول القاضي لها: ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري على الأصح في أصل الروضة. نعم قوله فاختاري قال الأذرعي وغيره: إنه ليس شرطاً بل المراد به إعلامها بدخول وقت الفسخ حتى لو بادرت وفسخت قبله نفذ فسخها، ويؤيده حذف الرافعي له من الشرح الصغير (**وقيل: يحتاج إلى إذن القاضي**) لها بالفسخ (**أو**) إلى (**فسخه**) لأنه محل نظر واجتهاد فيتعاطاه بنفسه أو يأذن فيه. فإن قيل: قد صححا هذا في

وَلَوِ اعْتَزَلَتْهُ أَوْ مَرِضَتْ أَوْ حُبِسَتْ فِي الْمُدَّةِ لَمْ تُحْسَبْ، وَلَوْ رَضِيَتْ بَعْدَهَا بِهِ بَطَلَ حَقُّهَا، وَكَذَا لَوْ أَجَّلَتْهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ نَكَحَ وَشُرِطَ فِيهَا إِسْلَامٌ أَوْ فِي أَحَدِهِمَا نَسَبٌ أَوْ حُرِّيَّةٌ أَوْ غَيْرُهُمَا،

الإعسار بالنفقة، فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن خيار العنة خصلة واحدة وخيارها على الفور، وضرب القاضي المدة والثبوت بعدها إنما شرعا لتحقق السبب المقتضي للفسخ على الفور، فإن تحقّق السبب استقلت بالفسخ لئلا يخرج عن الفورية، بخلاف النفقة فإن خيارها على التراخي، ولهذا لو رضيت المرأة بإعساره كان لها الفسخ بعد ذلك **(ولو اعتزلته)** كأن استحيضت **(أو مرضت أو حبست في المدة)** كلها **(لم تحسب)** هذه السنة المشتملة على ما ذكر؛ لأن عدم الوطء حينئذ يضاف إليها وتستأنف سنة أخرى ولو وقع له مثله في بعض السنة قال الشيخان: فالقياس استئناف سنة أخرى، أو تنتظر مضيّ مثل ذلك الفصل من السنة الأخرى. فإن قيل: يلزم من ذلك الاستئناف أيضاً؛ لأن ذلك الفصل إنما يأتي في سنة أخرى. أجيب بأن المراد أنه لا يمتنع انعزالها عنه في غير ذلك الفصل من قابل بخلاف الاستئناف، ولا يمنع حسبان المدة حيضها إذ لا تخلو السنة عنه غالباً.

تنبيه: قضية اقتصاره على ذكر ذلك من جانبها أن حبسه ومرضه لا يمنع حسبان المدة وهو كذلك كما في الشرح الكبير عن ابن القطان وأسقطه من الروضة، وسفرها كحبسها ونفاسها كحيضها كما بحثه بعض المتأخرين، وسفره كحبسه، ولو ادّعى امتناعها صدق بيمينه، ثم يضرب القاضي مدة أخرى ويسكنها بين قوم ثقات ويعتمد قولهم **(ولو رضيت بعدها)** أي انقضاء جميع المدة **(به)** أي بالمقام مع الزوج **(بطل حقها)** من الفسخ كما في سائر العيوب. فإن قيل: الإيلاء والإعسار بالنفقة والإجارة إذا تهدّمت الدار لها الفسخ في ذلك وإن رضيت فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن ضرر هذه الأمور يتجدّد، والعنة عيب واحد إذا تحقق لا تتوقع إزالته.

تنبيه: قوله بعدها من زيادته خرج بها ما إذا رضيت في أثناء المدة أو قبل ضربها فإن حقها لا يبطل، ولها الفسخ بعد المدة؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها قبل ثبوته فلم يسقط كالعفو عن الشفعة قبل البيع، ولو طلقها رجعياً بعد أن رضيت به ويتصوّر باستدخالها ماءه وبوطئها في الدبر ثم راجعها لم يعد حق الفسخ؛ لأنه نكاح واحد، بخلاف ما إذا بانت وجدّد نكاحها فإن طلبها لم يسقط؛ لأنه نكاح غير ذلك النكاح **(وكذا)** يبطل حقها **(لو أجلته)** بعد المدة المضروبة مدة أخرى كشهر **(على الصحيح)** لأنه على الفور، والتأجيل مفوّت له. والثاني: لا يبطل لإحسانها بالتأجيل ولا يلزمها، فلها الفسخ متى شاء. ثم شرع في السبب الثاني وهو قسمان: خلف شرط، وخلف ظنّ، وبدأ بالأول فقال **(ولو نكح)** امرأة **(وشرط)** بالبناء للمفعول **(فيها)** في العقد **(إسلام أو)** شرط **(في أحدهما)** أي الزوج أو الزوجة **(نسب أو حرية أو غيرهما)** مما

فَأُخْلِفَ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ، ثُمَّ إِنْ بَانَ خَيْراً مِمَّا شُرِطَ فَلاَ خِيَارَ، وَإِنْ بَانَ دُونَهُ فَلَهَا الخِيَارُ، وَكَذَا لَهُ في الأَصَحِّ،

لا يمنع عدمه صحة النكاح من صفات الكمال كبكارة وشباب، أو النقص كضد ذلك، أولا ولا كطول وبياض وسمرة (**فأخلف**) بالبناء للمفعول المشروط (**فالأظهر صحة النكاح**) لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة، فالنكاح أولى. والثاني يبطل؛ لأن النكاح يعتمد الصفات فتبدّلها كتبدّل العين.

تنبيه: معلوم أن محل الخلاف فيما إذا شرطت حرّيته فبان عبداً أن يكون السيد أذن له في النكاح وإلا لم يصح قطعاً لعدم الإذن، وفيما إذا شرط حرّيتها فبانت أمة إذا نكحت بإذن السيد وكان الزوج ممن يحلّ له نكاح الأمة وإلا لم يصح جزماً، وفيما إذا شرط فيها إسلام **فأخلف** أن يظهر كونها كتابية يحلّ له نكاحها وإلا لم يصح جزماً فلو عبر بقوله فالأظهر صحة النكاح إن وجدت شرائط الصحة لفهم ذلك، وقضية كلامه أن اشتراط الإسلام فيه لا يتصوّر وليس مراداً، بل يتصوّر في الكتابية. أما إذا تقدّم الشرط على العقد فإنه لا اعتبار في الخيار (**ثم**) على الصحة (**إن بان**) الموصوف بالشرط (**خيراً مما شرط**) فيه كشرط كونها كتابية أو أمة أو ثيباً فبانت مسلمة في الأولى، أو حرّة في الثانية، أو بكراً في الثالثة، أو في الزوج أنه عبد فبان حراً (**فلا خيار**) في ذلك لأنه أفضل مما شرط (**وإن بان دونه**) أي المشروط كأن شرط فيها أنها حرّة فبانت أمة، وهو ممن يحلّ له نكاحها وقد أذن السيد في نكاحها أو فيه أنه حرّ فبان عبداً والزوجة حرّة وقد أذن له السيد في النكاح (**فلها الخيار**) للخلف، فإن رضيت فلأوليائها الخيار إن كان الخلف في النسب لفوات الكفاءة.

تنبيه: قضية إطلاقه ثبوت الخيار لها في النسب مطلقاً، وهو ما جرى عليه السبكي. وقال البلقيني: إن الشافعي رجحه في خلف شرط نسب الزوج، ومثله خلف شرط نسب الزوجة، ولكن الأظهر في أصل الروضة والشرح الصغير وقضية ما في الكبير وهو المعتمد أنه إذا ساواها في النسب أو زاد عليها أنه لا خيار لها، وإن كان دون المشروط وجرى عليه في الأنوار، وجعل العفة كالنسب: أي والحرّية كذلك (**وكذا له**) الخيار (**في الأصح**) أي إذا لم يزد نسبها على نسبه ولم يساوه على الخلاف في جانبه للغرر فلكل منهما الفسخ ولو بغير قاض كما قاله البغوي وإن بحث الرافعي أنه يكون كعيب النكاح. والثاني: لا خيار له لتمكنه من الفسخ بالطلاق.

تنبيه: قضية كلامه أنه لو كان الزوج في المسألة الأولى عبداً أن له الخيار، والذي صححه البغوي وجرى عليه ابن المقري وهو المعتمد أنه لا خيار له لتكافئهما، وقضية كلامه أيضاً أنه لو كانت الزوجة في الثانية أمة ثبوت الخيار، وهو ما جرى عليه ابن المقري أيضاً وهو المعتمد للتغرير، وجزم في الأنوار بأنه لا خيار كنظيره في شرط حرّيتها. وقال الزركشي: إنه

وَلَوْ ظَنَّهَا مُسْلِمَةً أَوْ حُرَّةً فَبَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ أَمَةً وَهِيَ تَحِلُّ لَهُ فَلَا خِيَارَ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ أَذِنَتْ في تَزْوِيجِهَا بِمَنْ ظَنَّتْهُ كُفواً فَبَانَ فِسْقُهُ أَوْ دَنَاءَةُ نَسَبِهِ وَحِرْفَتِهِ فَلَا خِيَارَ لَهَا. قُلْتُ: وَلَوْ بَانَ مَعِيباً أَوْ عَبْداً فَلَهَا الْخِيَارُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَمَتَى فُسِخَ بِخُلْفٍ فَحُكْمُ الْمَهْرِ وَالرُّجُوعِ بِهِ عَلَى الْغَارِّ مَا سَبَقَ فِي الْعَيْبِ، وَالْمُؤَثِّرُ تَغْرِيرٌ قَارَنَ الْعَقْدَ،

المرجح، وعلى الأول ثبوت الخيار لسيدها دونها بخلاف سائر العيوب؛ لأن له إجبارها على نكاح عبد لا معيب. ثم شرع في القسم الثاني وهو خلف الظنّ الذي لا خيار له فيه إلا فيما يستثنى، فقال **(ولو ظنها)** بلا شرط **(مسلمة أو حرّة فبانت كتابية)** في الأولى بشرطه فتزوّجها على ظنّ ذلك **(أو أمة)** في الثانية **(وهي تحل له فلا خيار)** له فيهما **(في الأظهر)** لأن الظنّ لا يثبت الخيار لتقصيره بترك البحث أو الشرط كما لو ظنّ العبد المبيع كاتباً فلم يكن، والثاني له الخيار لأن ظاهر الدار الإسلام والحرية، فإذا خالف ذلك ثبت الخيار، ولو ظنّ حرّيتها فخرجت مبعضة فهو كما لو وجدها أمة كما قاله الزركشي **(ولو أذنت)** لوليها **(في تزويجها بمن ظنته كفئاً)** لها **(فبان فسقه أو دناءة نسبه وحرفته فلا خيار لها)** ولا لوليها؛ لأن التقصير منها ومنه حيث لم يبحثا ولم يشرطا **(قلت: ولو بان)** الزوج **(معيباً أو)** بان **(عبداً)** وهي حرّة وأذن له سيده في النكاح **(فلها الخيار)** في المسألتين **(والله أعلم)** لموافقة ما ظنته من الحرّية والسلامة من العيب للغالب في الناس.

تنبيه: كان الأولى للمصنف كما قال ابن شهبة ترك هذه الزيادة، فإن الأولى مستغنى عنها بما مرّ في العيوب، وما جزم به في الثانية هو ما نقله في الرّوضة عن فتاوى ابن الصباغ وغيره، لكنه مخالف لنصّ الأمّ والبويطي، فإنه قال فيهما: وإذا تزوّج العبد المرأة ولم يذكر لها الحرّية ولا غيرها، فقالت: ظننتك حرّاً فلا خيار لها، وقيل: لها الخيار، ونقل البلقيني النصّ، وقال: إنه الصواب المعتمد لأنها قصرت بترك البحث اهـ وهذا هو الظاهر كما جزم به في الأنوار كالغزالي **(ومتى فسخ)** النكاح **(بخلف)** الشرط **(فحكم المهر والرّجوع به على الغارّ ما سبق في العيب)** أي الفسخ به، فإن كان قبل الدخول فلا مهر ولا متعة أو بعده فمهر المثل على الأصحّ، وكذا لو كان الفسخ مع الدخول كما بحثه بعض المتأخرين، ولا يرجع الزوج بما غرمه على الغار في الأظهر.

تنبيه: اقتصاره على ما ذكره يوهم أن النفقة والكسوة والسكنى في العدّة لا تكون كذلك، وليس مراداً بل هي كذلك **(و)** التغرير **(المؤثر)** في الفسخ بخلف الشرط **(تغرير قارن العقد)** بوقوعه في صلبه على سبيل الاشتراط كقوله: زوّجتك هذه البكر أو هذه المسلمة أو الحرّة؛ لأن الشرط إنما يؤثر في العقد إذا ذكر فيه، بخلاف ما إذا قارنه لا على سبيل الشرط أو سبق العقد. أما المؤثر في الرجوع بقيمة الولد فيكفي فيه تقدمه على العقد مطلقاً أخذاً من كلام الغزالي في الرجوع بالمهر على قول مرجوح أو متصلاً به على قصد الترغيب في النكاح أخذاً من كلام

وَلَوْ غُرَّ بِحُرِّيَّةِ أَمَةٍ وَصَحَّحْنَاهُ فَالْوَلَدُ قَبْلَ الْعِلْمِ حُرٌّ، وَعَلَى الْمَغْرُورِ، قِيمَتُهُ لِسَيِّدِهَا وَيَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَارِّ، وَالتَّغْرِيرُ بِالحُرِّيَّةِ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْ سَيِّدِهَا بَلْ مِنْ وَكِيلِهِ أَوْ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ مِنْهَا تَعَلَّقَ الْغُرْمُ بِذِمَّتِهَا،

الإمام. قال في أصل الرّوضة بعد ذكره ذلك: ويشبه أن لا يعتبر الاتصال بالعقد على ما أطلقه الغزالي؛ لأن تعلق الضمان أوسع باباً. قال شيخنا: وتوهم بعضهم اتحاد التغريرين، فجعل المتصل بالعقد قبله كالمذكور فيه في أنه يؤثر في الفسخ فاحذره، وكأنه يشير بذلك إلى الجلال المحلي مع أنه شيخه؛ لأن القصد بذلك إظهار الحقّ **(ولو غرّ)** حرّ أو عبد **(بحرّية أمة)** نكحها وشرط له في العقد حرّيتها **(وصححناه)** أي نكاح المغرور، وهو القول الأظهر وحصل منه ولد **(فالولد)** الحاصل **(قبل العلم)** بأنها أمة **(حرّ)** أي ينعقد حرّاً سواء فسخ العقد أم أجازه حيث ثبت الخيار له؛ لاعتقاده أنها حرّة، وولد الحرّة لا ينعقد إلا حرّاً، فاعتبر ظنه كما لو وطىء أمة الغير على ظنّ أنها زوجته الحرّة **(وعلى المغرور قيمته)** يوم الولادة لأنه أول أوقات تقويمه، وهي في ذمة الحرّ، وكذا العبد في الأصحّ يتبع بها إذا عتق، وقيل في كسبه، وقيل في رقبته **(لسيدها)** لأنه فوّت عليه رقه التابع لرقها بظنه حرّيتها. نعم إن كان الزوج عبداً لسيدها لم يغرم شيئاً؛ لأن السيد لا يثبت له على رقيقه دين **(ويرجع)** المغرور **(بها)** أي قيمة الولد **(على الغار)** له؛ لأنه الموقع له في غرامتها وهو لم يدخل في العقد على أن يغرمها بخلاف المهر ولكن إنما يرجع إذا غرم كالضامن.

تنبيه: قوله وصححناه لا مفهوم له فكان الأولى تركه، فإن الحكم كما ذكر إن أبطلناه لشبهة الخلاف، وكذا إذا بطل لكون الزوج لا يحلّ له نكاح الأمة لشبهة التغرير، وخرج بقبل العلم الحادث بعده فهو رقيق، ولو كان المغرور عربياً فهو رقيق، وسكوت المصنف عن المهر يفهم أنه لا يرجع به المغرور على من غرّه، وهو كذلك في الأظهر لأنه استوفى ما يقابله، والمهر الواجب على العبد المغرور بوطئه إن كان مهر مثل تعلق بذمته أو المسمى فبكسبه **(والتغرير بالحرّية لا يتصوّر من سيدها)** لأنه إذا قال: زوّجتك هذه الحرّة أو على أنها حرّة أو نحو ذلك عتقت **(بل)** يتصوّر **(من وكيله)** في تزويجها كأن يقول وكيله: زوّجتك هذه الحرّة أو على أنها حرة أو من ولي السيد إذا كان السيد محجوراً عليه، والفوات في ذلك بخلف الشرط تارة والظن أخرى **(أو منها)** والفوات فيه بخلف الظن فقط.

تنبيه: ما ادّعاه المصنف من منع التصوّر من سيدها استثنوا منه صوراً: منها ما لو زوجها سيدها المعسر بإذن المرتهن أو المجنى عليه، ومنها ما لو زوّج السفيه أو المفلس أو المكاتب أمته بإذن الولي في الأولى أو الغرماء في الثانية أو السيد في الثالثة، ومنها ما لو كان اسمها حرّة **(فإن كان)** التغرير **(منها)** فقط **(تعلق الغرم بذمتها)** فتطالب به إذا عتقت ولا يتعلق برقبتها ولا بكسبها، نعم إن كانت مكاتبة فله مطالبتها في الحال. قال الزركشي: وقد استثناها الشافعي

وَلَوِ انْفَصَلَ الْوَلَدُ مَيِّتاً بِلاَ جِنَايَةٍ فَلاَ شَيْءَ فِيهِ، وَمَنْ عُتِقَتْ تَحْتَ رَقِيقٍ أَوْ مَنْ فِيهِ رِقٌّ تَخَيَّرَتْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ،

في الأمّ والمختصر لأنه كجنايتها، وإن كان من الوكيل فقط تعلق بذمته أيضاً ويطالب به حالاً، وإن كان منها ومن الوكيل بأن ذكراه معاً كما قاله الشيخان، فعلى كل منهما نصف الغرم، فإن غرّت الوكيل بالحرّية فذكرها الزوج رجع على الوكيل ثم الوكيل عليها، وإن ذكرته للوكيل ثم ذكرته للزوج رجع الزوج عليها ولا رجوع على الوكيل، وإن ذكره الوكيل للزوج أيضاً؛ لأنها لما شافهت الزوج خرج الوكيل من الوسط، وإن كان من السيد فلا شيء له ولا عبرة بتغرير من ليس بعاقد ولا معقود عليه، هذا كله إذا انفصل الولد في صورة التغرير حياً (و) أما (**لو انفصل الولد ميتاً بلا جناية فلا شيء فيه**) لأن حياته غير متيقنة بخلاف ما إذا انفصل بجناية ففيه لانعقاده حرّاً غرّة لوارثه على عاقلة الجاني أجنبياً كان أو سيد الأمة أو المغرور، فإن كان عبداً تعلقت الغرّة برقبته، ويضمنه المغرور لسيد الأمة لتفويته رقه بعشر قيمتها؛ لأنه الذي يضمن به الجنين الرقيق، وليس للسيد إلا ما يضمن به الرقيق. ولا يتصوّر أن يرث من الغرّة في مسألتنا مع الأب الحرّ غير الجاني إلا أم الأم الحرّة، وسيأتي إن شاء الله تعالى تحرير الكلام في الغرّة في آخر باب موجبات الدية. ثم شرع في السبب الثالث للخيار وهو العتق. فقال (**ومن عتقت**) كلها ولو كافرة ومكاتبة (**تحت رقيق أو**) تحت (**من فيه رقّ**) قبل دخول أو بعده (**تخيرت في فسخ النكاح**) وعدمه لأنها تعير بمن فيه رقّ، والأصل في ذلك عتق بريرة تحت زوجها مغيث، وكان عبداً فخيرها رسول الله ﷺ بين المفارقة والمقام معه فاختارت نفسها متفق عليه، وألحق بالعبد المبعض لبقاء علقة الرقّ عليه، وخرج بقوله: تحت رقيق ما إذا عتقت تحت حرّ فإنه لا خيار لها خلافاً لأبي حنيفة، وما إذا عتقا معاً فإنه لا خيار لها، وسيأتي باقي المحترزات.

تنبيه: قد يوهم كلام المصنف أنه لو عتق الزوج بعدها أو مات قبل اختيارها الفسخ أن لها الخيار، وليس مراداً بل سقط خيارها لزوال الضرر، ولو فسخت بناء على بقاء رقه فبان خلافه تبين بطلان الفسخ على قياس ما مرّ في الفسخ بالعيب، ويستثنى من كلامه ما لو عتقت قبل الدخول في مرض موت السيد، وكانت لا تخرج من الثلث إلا بمهرها فلا خيار لها؛ لأنها لو فسخت لسقط المهر فيضيق الثلث عن الوفاء بعتقها فلا تعتق كلها فلا يثبت الخيار، ولا يحتاج في هذا الفسخ لحاكم لأنه ثابت بالنص، ولو ادّعت أن سيدها أعتقها فأنكر، فإن لم يصدقها الزوج لم يثبت لها خيار، وإن صدقها ثبت كما نقل عن الشيخ أبي علي (**والأظهر أنه**) أي خيار العتق (**على الفور**) كما في خيار العيب في ردّ المبيع. والثاني: يمتد ثلاثة أيام من حين علمها بالعتق؛ لأنها مدّة قريبة فتتروى فيها، وقيل: تبقى ما لم يمسها مختارة أو تصرح بإسقاطه، واختار هذا ابن عبد السلام والسبكي.

تنبيه: محلّ الخلاف في المكلفة. أما غيرها فإنه يؤخر إلى تكليفها جزماً ولا يختار الولي

فَإِنْ قَالَتْ جَهِلْتُ الْعِتْقَ صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا إِنْ أَمْكَنَ: بِأَنْ كَانَ الْمُعْتِقُ غَائِباً، وَكَذَا إِنْ قَالَتْ جَهِلْتُ الْخِيَارَ بِهِ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ وَطْءٍ فَلَا مَهْرَ، وَبَعْدَهُ بِعِتْقٍ بَعْدَهُ وَجَبَ الْمُسَمَّى، أَوْ قَبْلَهُ فَمَهْرُ مِثْلٍ، وَقِيلَ الْمُسَمَّى،

شيئاً، وفي غير المطلقة رجعياً. أما لو طلقها رجعياً ثم عتقت في العدة، فإن لها الفسخ في الحال ولها التأخير، ولا يبطل خيارها فقد لا يراجعها فتبين بالطلاق (**فإن قالت: جهلت العتق**) بعد تأخيرها الفسخ وهي مريدة له (**صدقت بيمينها إن أمكن**) دعوى جهلها ذلك (**بأن كان المعتق غائباً**) وقت **العتق** أو كانت في محلة أخرى عن البلد إذ الأصل عدم علمها، وظاهر الحال يصدقها، فإن كذبها ظاهر الحال كأن كانت معه في بيته فالمصدق الزوج.

تنبيه: عبارة المحرر كالروضة صدقت بيمينها إن لم يكذبها ظاهر الحال، وهي أولى من عبارة المصنف؛ لأن الإمكان موجود في الحالين، وذكر المحرر حكم الطرفين حيث قال: وإلا فالمصدق الزوج، وذكر المصنف أحدهما واكتفى بمفهومه عن الآخر، وذلك لا يكفي في الاختصار (**وكذا**) تصدق بيمينها (**إن قالت جهلت الخيار به**) أي **العتق** (**في الأظهر**) لأنه مما يخفى على غالب الناس، والثاني يمنع ذلك ويبطل خيارها.

تنبيه: محل الخلاف كما قاله الماوردي فيمن يحتمل صدقها وكذبها. أما من علم صدقها كالعجمية فقولها مقبول قطعاً أو علم كذبها بأن كانت تخالط الفقهاء وتعرف منهم ذلك فقولها غير مقبول قطعاً، ولو علمت أصل الخيار وادّعت الجهل بفوريته هل يقبل قولها أو لا؟. قال الرافعي: لم أرَ من تعرض لهذه الصورة في كتب الأصحاب، والوجه القول بعدم تصديقها سواء أكانت قديمة العهد بالإسلام أم لا؛ لأن الغالب أن من عرف الخيار علم فوريته، والذي رجحه ابن المقري وهو المعتمد قبولها في ذلك كنظيره من العيب والأخذ بالشفعة ونفي الولد وغيرها. قال الزركشي: ولا وجه لكون الخيار على الفور لأنه مما أشكل على العلماء، فعلى هذه المرأة أولى (**فإن فسخت**) من عتقت تحت رقيق النكاح (**قبل وطء فلا مهر**) ولا متعة، وإن كان حقاً للسيد لأن الفسخ من جهتها، وليس لسيدها منعها من الفسخ لخروجها عن ملكه ولما يلحقها من الضرر مع البقاء أو فسخت (**بعده بعتق بعده**) أي الوطء السابق عتقها (**وجب المسمى**) لاستقراره بالوطء (**أو**) بعتق (**قبله**) بأن لم تعلم بعتقها إلا بعد التمكين من وطئها (**فمهر مثل**) لاستناد الفسخ إلى وقت وجوب سببه وهو العتق السابق للوطء فصار كالوطء في نكاح فاسد (**وقيل**) يجب (**المسمى**) لتقرره بالوطء قبل العلم، **فإن** عتقت مع الوطء أو فسخت معه بعتق قبله، فالظاهر وجوب مهر المثل.

تنبيه: مهرها لسيدها سواء أكان المسمى أم مهر المثل فسخت أو اختارت المقام معه، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة؛ لأنه وجب بالعقد، فإن كانت مفوّضة بأن زوّجها

وَلَوْ عُتِقَ بَعْضُهَا أَوْ كُوتِبَتْ أَوْ عُتِقَ عَبْدٌ تَحْتَهُ أَمَةٌ فَلَا خِيَارَ.

فَصْلٌ

يَلْزَمُ الْوَلَدَ إِعْفَافُ الأَبِ وَالأَجْدَادِ عَلَى الْمَشْهُورِ: بِأَنْ يُعْطِيَهُ مَهْرَ حُرَّةٍ،

سيدها كذلك نظرت، فإن وطئها الزوج أو فرض لها بعد العتق فيهما فالمهر لها؛ لأن مهر المفوّضة يجب بالدخول أو بالفرض لا بالعقد، وإن وطئها أو فرض لها قبل العتق فهو للسيد؛ لأنه ملكه بالوطء أو الفرض قبل عتقها وموت أحدهما كالوطء والفرض، ثم شرع في باقي المحترزات، فقال (**ولو عتق بعضها أو كوتبت**) أو علق عتقها بصفة أو دبرت فلا خيار لها. أما في الأولى فلبقاء أحكام الرق. وأما في الباقي فلكمال الرّق وصورة عتق البعض أن يعتق حصة في أمة وهو معسر، وإلا عتق جميعها (**أو عتق عبد تحته أمة فلا خيار**) له على الصحيح أو المشهور كما في الروضة؛ لأنه لا يتعير باستفراش الناقصة، ويمكنه الخلاص بالطلاق بخلاف العكس، وللزوج وطء العتيقة ما لم يفسخ، وكذا زوج الصغيرة والمجنونة العتيقتين ما لم يفسخا بعد البلوغ والإفاقة كما في زيادة الروضة.

فَصْلٌ

في الإعفاف، ومن يجب له وعليه (**يلزم الولد**) ذكراً كان أو أنثى أو خنثى إذا كان حرّاً مواسراً ولو كافراً (**إعفاف الأب**) الحرّ المعسر ولو كافراً معصوماً (**و**) إعفاف (**الأجداد**) من الجهتين إذا كانوا بالصفة المذكورة (**على المشهور**) لأنه من وجوه حاجاتهم المهمة كالنفقة والكسوة، ولئلا يعرضهم للزنا المفضي إلى الهلاك، وذلك لا يليق بحرمة الأبوة. وليس من المصاحبة بالمعروف المأمور بها ولأنه إذا احتمل لإبقاء الأصل فوات نفس الفرع كما في القعود، ففوات ماله أولى. والثاني: لا يلزمه وهو مخرج كما لا يلزم الأصل إعفاف الفرع، وخرج بما ذكر أنه لا يلزم معسراً إعفاف الأب، ولا موسراً إعفاف غير أصل، ولا أصل غير ذكر، والفرق بين الأصل الذكر والأنثى أن الغرم في إعفاف الذكر عليه فيحمله الفرع، والحق في تزويج الأنثى لها لا عليها ولا غير حرّ ولا غير معصوم ولا موسراً بما يعفّ به نفسه، ولو اجتمع جدّان لزمه إعفافهما إن اتسع مال الفرع وإلا فأب الأب أولى، وإن بعد للعصوبة كأبي أبي أب مع أبي أم، وإن لم يكن لأحدهما عصوبة قدم الأقرب، فإن استويا كأبي أم الأب وأبي أبي أم أقرع بينهما على الأصح، ولو بدون رفع إلى حاكم، ولو تعدّد الفرع وكان ذكوراً فقط أو إناثاً فقط كان الإعفاف عليهما أو عليهم أو عليهنّ بالسوية، أو ذكوراً وإناثاً كان عليه بحسب الإرث كما في النفقة على المعتمد والإعفاف (**بأن يعطيه**) أي الأصل (**مهر حرة**) تعفه، ولو

أَوْ يَقُولَ انْكِحْ وَأُعْطِيكَ المَهْرَ، أَوْ يَنْكِحَ لَهُ بِإِذْنِهِ وَيُمْهِرَ أَوْ يُمَلِّكَهُ أَمَةً أَوْ ثَمَنَهَا ثُمَّ عَلَيْهِ مُؤْنَتُهُمَا، وَلَيْسَ لِلْأَبِ تَعْيِينُ النِّكَاحِ دُونَ التَّسَرِّي وَلَا رَفِيعَةٍ، وَلَوِ اتَّفَقَا عَلَى مَهْرٍ فَتَعْيِينُهَا لِلْأَبِ،

كتابية (**أو يقول**) له (**انكح و**) أنا (**أعطيك المهر**) أي مهر مثل فلا يلزمه أزيد منه، فإن نكح الأب بأزيد منه كان الزائد في ذمّة الأب (**أو ينكح له بإذنه**) حرّة (**ويمهر**) ها (**أو يملكه أمة**) تحل له (**أو ثمنها**) لأن غرض الإعفاف يحصل بكل من هذه الطرق، وللابن أن لا يسلمه المهر أو الثمن إلا بعد عقد النكاح أو الشراء، وبما تقرّر علم أنه لا يزوّجه ولا يملكه عجوزاً شوهاء أو معيبة؛ لأنها لا تعفه كما أنه ليس له أن يطعمه طعاماً فاسداً لا ينساغ، وليس له أن يزوّجه بأمة؛ لأنه مستغن بمال فرعه، نعم إن لم يقدر الفرع إلا على مهر أمة ينبغي أن يزوّجها له.

تنبيه: محل التخيير بين الخمسة المذكورة في الفرع المطلق التصرّف. أما غيره فعلى وليه أن لا يبذل إلا أقل ما تندفع به الحاجة إلا أن يلزمه حاكم يراه بغيره، ولو أيسر الأصل بعد أن ملكه فرعه الجارية أو ثمنها أو المهر لم يسترد الفرع ذلك؛ لأنه ملكه ذلك وقت الحاجة إليه كنفقة دفعها إليه لم يأكلها حتى أيسر، ولا ينافي ذلك قولهم: ان نفقة القريب إمتاع لا تمليك؛ لأن ذلك محله إذا لم يملكها له من لزمته (**ثم عليه**) أي الولد (**مؤنتهما**) بضمير التثنية بخطه أي الأب، ومن أعفه بها من حرّة أو أمة، وفي بعض النسخ مؤنتها أي مؤنة التي أعفه بها، وهو موافق لما في المحرّر، وهو كما قال السبكي أحسن؛ لأن مؤنة الأب تؤخذ من بابها أي وأما مؤنتها فلأنها من تمام الإعفاف قال في التوشيح: بل هو متعين إذ لا يلزم من إعفاف الأب وجوب نفقته لإمكان قدرته على النفقة دون النكاح، ولأن مؤنة الأصل لازمة للفرع وإن لم يعفه اهـ، ويجوز رجوعه للحرّة والأمة، وإن كان الأحسن في ذلك إفراد الضمير لكن وقع له في غير هذا الموضع تثنيته، والمراد بالمؤنة النفقة والكسوة، واستثنى البغوي أدمها ونفقة الخادم قال: لأن فقدهما لا يثبت الخيار. قال الرافعي: وقياس قولنا انه يتحمل بما لزم الأب وجوبهما لأنهما يلزمان الأب مع إعساره اهـ، وهذا أوجه.

تنبيه: لو كان تحت الأصل من لا تعفه كعجوز وصغيرة لزم الفرع إعفافه، فلو أعفه حينئذ لم يلزمه إلا نفقة واحدة لا نفقتان، وقد قالوا في باب النفقة: لو كان له زوجتان لم يلزم الولد إلا نفقة واحدة ويوزعها الأب عليهما وهو متناول لهذه المسألة، لكن قال ابن الرفعة هنا يظهر أنها تتعين للجديدة لئلا تفسخ بنقص ما يخصها عن المد اهـ، وهذا أوجه (**وليس للأب تعيين النكاح دون التسري**) ولا عكسه؛ لأن المطلوب دفع الحاجة، وهي تندفع بكل منهما (**ولا**) تعيين نكاح (**رفيعة**) بجمال أو نحوه كشرف للنكاح أو الشراء، بل التعيين في ذلك للولد لأن ذلك قد يجحف بالولد والغرض يحصل بدون ذلك، ولهذا لا يلزم الولد أن يطعمه الأطعمة الفاخرة (**ولو اتفقا**) أي الأب والولد (**على مهر**) أو ثمن أمة (**فتعيينها للأب**) لأنه أقرب إلى

وَيَجِبُ التَّجْدِيدُ إِذَا مَاتَتْ أَوِ انْفَسَخَ بِرِدَّةٍ أَوْ فَسَخَهُ بِعَيْبٍ، وَكَذَا إِنْ طَلَّقَ بِعُذْرٍ فِي الأَصَحِّ، وَإِنَّمَا يَجِبُ إِعْفَافُ فَاقِدِ مَهْرٍ مُحْتَاجٍ إِلَى نِكَاحٍ

إعفافه ولا ضرر فيه على الولد (**ويجب التجديد**) للإعفاف (**إذا ماتت**) أي الزوجة أو الأمة (**أو انفسخ**) النكاح (**بردّة**) أي منها كما صرّح به الزركشي؛ لأنه معذور كالموت أما الفسخ بردّته فهو كطلاقه بغير عذر، وكردّته ردّتهما معاً كما هو ظاهر (**أو فسخه**) أي الزوج النكاح (**بعيب**) في الزوجة لما مرّ، ويفهم من ذلك فسخها بعيبه بطريق الأولى، وحينئذ فلا حاجة لقول بعض الشراح إنه كان الأولى أن يقول: أو فسخ بالبناء للمفعول ليعم فسخ كل منهما، وكالردّة الفسخ برضاع كما لو كان تحته صغيرة وأرضعتها زوجته التي أعف بها لأنها صارت أم زوجته (**وكذا إن طلق**) أو أعتق (**بعذر**) كشقاق أو ريبة يجب التجديد له (**في الأصح**) كما في الموت. والثاني: المنع، فإن الأب قصد قطع النكاح. أما إذا طلق أو أعتق بغير عذر فلا يجب التجديد فإنه المفوّت لنفسه، فإن قيل: كيف يعتق للعذر فإنه يمكنه بيعها واستبدالها بغيرها. أجيب بأن ذلك متصوّر بأم الولد. أما غيرها فلأنه لا يعذر في إعتاقها، وإن كان ظاهر كلامهم الإطلاق، وحيث وجب التجديد فمحله في غير الطلاق الرجعي، أما هو فلا يجب فيه التجديد إلا بعد البينونة.

تنبيه: محل الخلاف حيث لم يكن الأب مطلاقاً، فإن كان مطلاقاً لم يجب له التجديد باتفاق الأصحاب كما لو تكرر منه إتلاف النفقة، وتقدّم في نكاح السفيه تعريفه، بل يسريه جارية، ويسأل القاضي الحجر عليه في الإعتاق قاله القمولي (**وإنما يجب**) على الولد (**إعفاف**) الأصل بشرطين. الأوّل ما ذكره بقوله (**فاقد مهر**) أو ثمن أمة؛ لأن القادر على ذلك مستغن عن الولد، ولو كان قادراً على ذلك بالكسب لم يلزم الولد إعفافه كما قاله الشيخ أبو علي وجزم به في الشرح الصغير، وإن قال في الكبير: ينبغي أن يكون فيه الخلاف في النفقة: أي فلا يكلف الكسب كما في الصحيح فيها، والفرق بين النفقة وما هنا أن النفقة تتكرر فيشق على الأصل الكسب لها بخلاف المهر أو ثمن الأمة، ولأن البنية لا تقوم بدون النفقة، ولو قدر على حرّة بدون مهر مثلها أو على شراء أمة بدون ثمن مثلها لم يجب إعفافه، ولو نكح في يساره بمهر في ذمته ثم أعسر قبل الدخول وامتنعت الزوجة حتى تقبضه قال البلقيني: يجب على الولد دفعه لحصول الإعفاف بذلك، والصرف للموجودة أولى من السعي في أخرى. قال: وعليه لو نكح في إعساره ولم يطالب ولده بالإعفاف، ثم طالبه به ينبغي أن يلزم ولده القيام به لا سيما إذا جهلت الإعسار وأرادت الفسخ اهـ، وظاهر كما قال شيخنا أنه إنما يلزمه جميع ذلك إذا كان قدر مهر مثل من يليق به. الشرط الثاني ما ذكره بقوله (**محتاج إلى نكاح**) بأن تتوق نفسه إلى الوطء، وإن لم يخف زنا أو كان تحته من لا تعفه كصغيرة وعجوز شوهاء، ويحرم طلب من لم تصدق شهوته بأن لم يضرّ به التعزب ولم يشق عليه الصبر، نعم قال ابن الرفعة ولو احتاج للنكاح لا للتمتع بل للخدمة لنحو مرض وجب إعفافه، وهو كما قال السبكي

وَيُصَدَّقُ إِذَا ظَهَرَتِ الحَاجَةُ بِلاَ يَمِينٍ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ أَمَةِ وَلَدِهِ، وَالمَذْهَبُ وُجُوبُ مَهْرٍ لاَ حَدٍّ، فَإِنْ أَحْبَلَ فَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ،

صحيح إذا تعينت الحاجة إليه، لكن لا يسمى إعفافاً، ولو كان يحتاج إلى الاستمتاع بغير الوطء لنحو عنة كجب لم يلزم الولد ذلك، كما هو ظاهر كلامهم، ورجحه الزركشي **(ويصدق)** الأصل **(إذا ظهرت)** منه **(الحاجة)** للنكاح **(بلا يمين)** لأن تحليفه في هذا المقام لا يليق بحرمته إلا إذا كان ظاهر حاله يكذبه كذي فالج شديد أو استرخاء، فيحتمل حينئذ كما قال الأذرعي أن لا يجاب أو يحلف **(ويحرم عليه)** أي الأب وإن علا **(وطء أمة ولده)** إجماعاً لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] وليست بواحدة منهما.

تنبيه: قوله: ولده أولى من قول المحرّر ابنه إذ لا فرق بين الذكر وغيره **(والمذهب وجوب مهر)** أي مهر مثل للولد عليه بهذا الوطء، سواء كانت الأمة موطوءة للابن أم لا، مستولدة للابن أم لا ولو بطوعها للشبهتين الآتيتين؛ لأنه وطء شبهة فيجب به المهر كوطء أمة الأجنبي بشبهة، فإن كان الأب موسراً أخذ منه في الحال وإلا بقي في ذمته إلى يساره، ويجب أيضاً أرش بكارتها كما قاله الماوردي **(لا)** وجوب **(حدّ)** لما له في مال ولده من شبهة الملك، ففي خبر ابن حبان في صحيحه: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»(١) ولهذا لا يقطع لسرقة ماله، ولا يقتل به، ولشبهة الإعفاف الذي هو من جنس ما فعله.

تنبيه: اقتصاره على نفي الحدّ قد يفهم وجوب التعزير وهو الأصح كما في ارتكاب سائر المحرّمات التي لا حدّ فيها ولا كفارة وهو لحق الله تعالى لا لحق الولد كما ذكره الرافعي، وفي قول من الطريق الثاني يجب عليه الحدّ إن لم يخف عليه التحريم، وإن خفي فلا حدّ قطعاً كما قاله الأذرعي وغيره، ثم إن لم تكن الأمة موطوءة للابن فإنها تحرم عليه أبداً؛ لأنها صارت موطوءة أبيه، وإن كانت موطوءة للابن حرمت عليهما أبداً؛ لأنها موطوءة كل منهما، ويستمرّ ملك الابن عليها ما لم يوجد من الأب إحبال، ولا يغرم الأب له بتحريمه لها عليه بوطئه قيمتها وإن كان كافراً. فإن قيل: إذا وطيء الشخص زوجة أبيه أو ابنه بشبهة يلزمه مهرها لفوات الاستمتاع بها فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن المالية التي هي المقصود الأعظم في الأمة باقية والفائت على الولد إنما هو مجرّد الحل وهو غير متقوّم، بدليل أنه لو اشترى أمة فخرجت أخته لم يتمكن من الردّ، والحل الفائت في الزوجية هو المقصود فيقوّم، ولذلك يجوز أن يشتري أخته ولا يجوز أن ينكحها، وعلى ما ذكر لو تزوّج رجل أمة أخيه فوطئها أبوهما لزمه مهران: مهر لمالكها، ومهر لزوجها **(فإن أحبل)** الأب الحرّ الكل بوطئه أمة ولده **(فالولد حرّ نسيب)** للشبهة كما لو وطيء

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٠) وابن ماجة (٢٢٩١) وأحمد في المسند ٢/٢٠٤ والبيهقي في السنن ٧/٤٨٠ وابن حبان (١٠٩٤) وانظر مجمع الزوائد ٤/١٥٤ والتلخيص. ٣/١٨٩.

فَإِنْ كَانَتْ مُسْتَوْلَدَةً لِلابْنِ لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً لِلأَبِ، وَإِلَّا فَالأَظْهَرُ أَنَّهَا تَصِيرُ، وَأَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهَا مَعَ مَهْرٍ، لَا قِيمَةَ وَلَدٍ فِي الأَصَحِّ،

أمة غيره بشبهة وإن كان الأب رقيقاً أو مبعضاً، ولو كان كل منهما مكاتباً فكذلك كما شمله إطلاق المصنف وصرّح به ابن المقري لما مرّ، وإن قال القاضي في تعليقه: الصحيح من المذهب أن ولد المبعض رقيق، وقال البلقيني: إنه الراجح، وقيمة الولد على القول بحريته في ذمة من ذكر، إذ لا اختيار له في انعقاده حراً، ويطالب المبعض بقدر ما فيه من الحرّية في الحال وبالبعض الآخر بعد عتقه بخلاف الرقيق لا يطالب إلا بعد عتقه لأنه لا يملك. وأما المكاتب فالمتجه أنه يطالب بالقيمة في الحال فإنه يملك وأما المهر فإن أكرهها الرقيق على الوطء ففي رقبته كسائر الجنايات وإن طاوعته فكذلك في أحد قولين يظهر ترجيحه كما جزم به في الأنوار (**فإن كانت**) أي أمة الابن (**مستولدة للابن لم تضر مستولدة للأب**) لأنها لا تقبل النقل، فإن كانت مكاتبة للابن فهل ينفذ استيلاد الأب؛ لأن الكتابة تقبل الفسخ بخلاف الاستيلاد أو لا؛ لأن الكتابة لا تقبل النقل؟ وجهان أوجههما الأوّل كما جزم به القفال في فتاويه، ورجحه الخوارزمي، وقطع الهروي بالثاني (**وإلا**) بأن لم تكن مستولدة للابن (**فالأظهر أنها تصير**) مستولدة للأب الحرّ الكل ولو معسراً لشبهة الإعفاف، ولا فرق بين أن تكون موطوءة للابن، أو مدبرة، أو معلقاً عتقها بصفة، أو موصي بمنفعتها أو لا، ولا بين كون الولد محجوراً عليه بسفه، أو صغر أو جنون، أو موافقاً للأب في دينه أولا، وإذا أولد أمة ولده المزوّجة نفذ إيلاده كإيلاد السيد لها وحرمت على الزوج مدة الحمل. أما إذا لم يكن الأب حرّ الكل فإنه لا ينفذ استيلاده؛ لأن الرقيق لا يملك، والمكاتب إذا أحبل أمته لا تصير أم ولد فأمة ولده أولى. وأما المبعض إذا أحبل أمته قال شيخنا فكذلك، ولكن الراجح أنها تصير أمّ ولد كما سيأتي إن شاء الله تعالى آخر الكتاب، والفرق أنه لا شبهة له في أمة ولده إذ لا يلزمه إعفافه. وأما أمته فملكه تام عليها (**و**) إذا صارت أمة الولد مستولدة للأب فالأظهر (**أن عليه**) أي الأب (**قيمتها**) للابن (**مع مهر**) لأنهما وجبا بسببين مختلفين، فالمهر للإيلاج، والقيمة للاستيلاد.

تنبيه: قيمتها لازمة له سواء أنزل قبل تغييب الحشفة أم بعده لما ذكر. وأما المهر فمحل وجوبه كما قال الإمام وأقرّاه إذا تأخر الإنزال عن تغييب الحشفة، فإن حصل مع تغييبها فقد اقترن موجب المهر بالعلوق فينزل المهر منزلة قيمة الولد، وقيمة الولد لا تلزم الأب كما قال (**لا قيمة ولد**) فليست على الأب (**في الأصح**) إن انفصل الولد حياً؛ لأنه التزم قيمتها والولد جزء منها، وقد انتقل الملك فيها قبيل العلوق فلم تعلق به إلا وهي في ملكه. والثاني: تجب كوطء الشبهة، وهو مبنيّ على أن الملك ينتقل بعد العلوق. أما إذا انفصل الولد ميتاً فلا تجب قيمته جزماً، نعم إن انفصل بجناية فينبغي كما قاله الزركشي أن يجيء فيه ما سبق في المغرور.

تنبيه: وطء الابن جارية الأب كالأجنبي، فإن كان بشبهة كأن ظنها أمته أو زوجته الحرّة

وَيَحْـرُمُ نِكَاحُهَـا، فَلَوْ مَلَكَ زَوْجَةَ وَالِدِهِ الَّذِي لَا تَحِلُّ لَهُ، الأَمَةُ لَمْ يَنْفِسخِ النِّكَاحُ فِي الأَصَحِّ، وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ أَمَةِ مُكَاتَبَةِ، فَإِنْ مَلَـكَ مُكَاتَـبُ زَوْجَـةَ سَيِّدِهِ انْفَسَخَ النِّكَاحُ فِي الأَصَحِّ.

فالولد حرّ وعليه قيمته للأب، أو زوجته الرقيقة انعقد الولد رقيقاً، وإن كان عالماً بالتحـريم حدّ لانتفاء شبهتي الإعفاف والملك، وليس كالسرقة حيث لا يقطع بها لشبهة النفقـة، وعليه المهـر إن أكرهت وإلا فلا لقوله ﷺ: «لَا مَهْرَ لِبَغِيٍّ» ويؤخذ من هذا أن السيد لـو أكره أمتـه على الزنـا استحق المهر لمفهوم الحديث، وإن أتت بولد رقيق نسيب عتق على الجد لـدخولـه في ملكه، ولا يلزم الابن قيمته لانعقاده رقيقاً **(ويحرم)** على الأب الحـر الكل **(نكـاحها)** أي أمـة ولده من النسب؛ لأنها كأمتـه لما لـه في مال ولـده من شبهة الإعفـاف والنفقة. أمـا غير الحـر الكل فله نكاحها، إذ ليس عليه إعفافه، وكذا إذا كان الولد من الرضاع لما ذكر، ويجوز للولد الحر الكل نكاح جارية أبيه وأمه جزمـاً إذا وجد فيـه شروط نكـاح الأمة لعـدم وجوب الإعفـاف **(فلو ملك)** الولد **(زوجة والده)** الموصوف بأنه **(الذي لا تحلّ له الأمة)** التي اشتـراها الابن بعـد نكاح أبيـه لها بشرطه حين الملك كأن أيسر بنفسه أو بيسرة ولده **(لم ينفسخ النكاح في الأصح)** لأن الأصل في النكاح الثابت الـدوام، وللدوام من القوّة مـا ليس للابتـداء كما مـرّ أن اليسار الـطارىء على نكاح الأمة لا يـرفعه. والثـاني: ينفسخ كمـا لو ملك زوجـة نفسه، وأجـاب الأوّل بأنـه لا صنع للأب في ذلك، بخلاف ملك زوجة نفسه.

تنبيه: لو أحبل الأب الأمة بعد ملك ولده لهـا هل تصيـر أمّ ولد كمـا مرّ أو لا تصيـر؟ لأن مستند الوطء النكاح المعتمد الثاني، وخرج بقوله الذي لا تحلّ له الأمة من يحـلّ له نكـاح أمة ولده لكون الوالد رقيقاً، أو لكون الولد معسراً لا يلزمه إعفافه فـطريان ملك الـولد لا ينفسـخ به النكاح قطعاً إذ لم يطرأ ما ينافي النكاح على هذا التقدير، وبهذا يندفع ما قاله الإسنـوي من أن هذا التقييد لا فائدة فيه **(وليس له)** أي يحرم على السيد قطعاً **(نكـاح أمة مكـاتبه)** بهـاء الضمير كتابة صحيحة لماله في رقبته وماله من شبهة الملك بتعجيزه نفسه، ولهذا تصيـر أم ولد بـإيلاده **(فإن ملك مكاتب زوجة سيده انفسخ النكاح في الأصح)** كما لو ملكها سيده لما مـرّ. والثاني: يلحقه بملك الولد زوجة أبيه. وأجاب الأوّل بأن تعلق السيد بمال المكاتب أشدّ من تعلق الأب بمال الولـد؛ لأن ما في يـد المكاتب ملك السيـد على رأي. فإن قيـل: لو ملك مكـاتب أصل سيده أو فرعه لم يعتق عليه ولم ينزلوه منزلة ملكـه. أجيب بأن الملك قـد يجتمع مـع القرابـة، والملك والنكاح لا يجتمعان.

فَصْلٌ

السَّيِّدُ بِإِذْنِهِ فِي نِكَاحِ عَبْدِهِ لَا يَضْمَنُ مَهْراً وَنَفَقَةً فِي الجَدِيدِ، وَهُمَا فِي كَسْبِهِ بَعْدَ النِّكَاحِ المُعْتَادِ وَالنَّادِرِ، فَإِنْ كَانَ مَأْذُوناً لَهُ فِي تِجَارَةٍ فَفِيمَا بِيَدِهِ مِنْ رِبْحٍ

فَصْلٌ

في نكاح الرقيق من عبد أو أمة (**السيد بإذنه في نكاح عبده لا يضمن**) له (**مهراً و**) لا (**نفقة في الجديد**) لأنه لم يلتزمهما وإن أذن له فيه على أن يضمن ذلك لا يلزمه؛ لأنه ضمان ما لم يجب، ولو ضمن بعد العقد صحّ في المهر المعلوم، ولا يصح في النقفة، والقديم يضمن؛ لأن الإذن يقتضي الالتزام.

فرع: لو زوّج عبده بأمته أنفق عليهما بحكم الملك، وإن أتى العبد منها بأولاد فإن أعتقها السيد وأولادها فنفقتها في كسب العبد ونفقة أولادها عليها، فإن أعسرت ففي بيت المال، وإن أعتق العبد دونها فنفقتها على العبد كحرّ تزوّج أمة، ونفقة الأولاد على السيد لأنهم ملكه.

تنبيه: قال السبكي: ولو قال المصنف لا يضمن بإذنه في نكاح عبده لكان أحسن ليتسلط النفي على الضمان بالإذن، فهو نفي لكون الإذن سبباً للضمان وهو المقصود، وعبارة المصنف محتملة لهذا، ومحتملة أيضاً لكون الإذن سبباً لنفي الضمان كقوله تعالى: ﴿بِمَا أَنْعَمْتَ عَلَيَّ فَلَنْ أَكُونَ ظَهِيراً لِلْمُجْرِمِينَ﴾ [القصص: ١٧] وليس بمقصود (**وهما**) أي المهر والنفقة (**في كسبه**) لأن الأمر بشيء أمر بلوازمه، وكسب العبد أقرب شيء يصرف إليهما، وإنما يلزمه ذلك (**بعد النكاح**) وبعد وجوب دفعهما وهو في مهر المفوّضة بوطء أو فرض صحيح وفي مهر غيرها المؤجل بالحلول والحالّ بالنكاح وفي غير المهر من نفقة وكسوة وغيرهما من مؤن النكاح بالتمكين، ولا فرق في الكسب بين (**المعتاد**) كاحتطاب واصطياد وما حصل بحرفة (**والنادر**) كالحاصل بلقطة أو هبة. أما الكسب قبل وجوب الدفع فيختص به السيد لعدم الموجب مع أن الإذن لم يتناوله. فإن قيل: قد اعتبروا في الضمان الكسب الحاصل بعد الإذن فيه وإن لم يوجد المأذون فيه وهو الضمان فهلا كان هنا كذلك؟. أجيب بأن الضمان ثم ثابت حالة الإذن بخلافه هنا.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن المهر والنفقة لا يتعلقان مع الكسب بذمة العبد، وهو وجه، والأصح التعلق، وظاهره أيضاً التسوية بين المهر والنفقة، وليس مراداً، بل يصرف كسبه كل يوم للنفقة، فإن فضل شيء فللمهر، فإن فضل شيء فللسيد، ولا يدّخر شيء للنفقة في المستقبل (**فإن كان**) العبد (**مأذوناً له في تجارة ففيما بيده**) أيضاً (**من ربح**) لأنه نماء كسبه،

وَكَذَا رَأْسِ مَالٍ في الأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُكْتَسِباً ولاَ مَأْذُوناً لَهُ فَفِي ذِمَّتِهِ، وفي قَوْلٍ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَهُ المُسَافَرَةُ بِهِ وَيَفُوتُ الِاسْتِمْتَاعُ، وَإِذَا لَمْ يُسَافِرْ لَزِمَهُ تَخْلِيَتُهُ لَيْلاً لِلِاسْتِمْتَاعِ

وسواء الحاصل قبل النكاح وبعده على الأصح بخلاف الكسب، والفرق بينهما أن الرّبح يده مستمرّة عليه تبعاً لرأس المال، فكان كرأس المال، وسيأتي على الأثر، ولا كذلك الكسب الحاصل قبل النكاح (**وكذا رأس مال**) بيده يجبان فيه أيضاً (**في الأصح**) لأنه دين لزمه بعقد مأذون فيه، فكان كدين التجارة، والثاني: المنع كسائر أموال السيد.

تنبيه: لو كان المأذون له مكتسباً فظاهر إطلاق المصنف كالمحرّر أنهما يتعلقان بكسبه أيضاً، وهو كما قال السبكي ظاهر؛ لأنه قد يحتاج إليه بأن لا يفي مال التجارة وربحه بهما فيكمل من كسبه، ولم يتعرّضا لذلك في الشرحين والروضة هذا كله إذا اقتصر العبد على ما أذن له سيده فيه، فإن زاد على ذلك فالزيادة في ذمته فقط (**وإن لم يكن**) أي العبد (**مكتسباً**) إما لعدم قدرته على ذلك أو لكونه محترفاً محروماً (**ولا**) كان (**مأذوناً له**) في التجارة (**ففي**) أي فالمهر والنفقة يجبان في (**ذمته**) فقط يطالب بهما بعد عتقه إن رضيت بالمقام معه لأنه دين لزم برضا مستحقه فتعلق بذمته كبدل القرض، فلا يتعلق برقبته، إذ لا جناية منه ولا بذمة سيده لما مرّ أوّل الفصل (**وفي قول**) هما (**على السيد**) لأن الإذن لمن هذا حاله التزام للمؤن، وفي قول يتعلقان برقبته إلحاقاً لهما بأرش الجناية.

تنبيه: شمل إطلاقه ما لو كان مكتسباً حال العقد ثم طرأ ما يمنعه، وصرّح الإمام بطرد القولين فيه (**وله**) أي السيد (**المسافرة به**) أي عبده المأذون له في النكاح وإن لم يتكفل بالمهر والنفقة، وحينئذ يلزمه الأقلّ من أجرة مثل مدّة السفر ونفقتها مع المهر (**ويفوت**) عليه (**الاستمتاع**) ليلاً ونهاراً؛ لأنه مالك الرّقبة، فقدّم حقه كما له المسافرة بأمته.

تنبيه: قد يفهم تعبيره: بيفوت أن العبد لا يستصحب زوجته معه، وليس مراداً بل له ذلك، ولهذا كانت عبارة المحرّر، وهي: وإن فات الاستمتاع أولى من تعبير المصنف **بيفوت**، إذ لا يلزم من سفره مع السيد تفويت الاستمتاع لما مرّ أن للعبد صحبة زوجته سفراً، وحينئذ يكون الكراء في كسبه. قال الماوردي: وعليه تخليته حينئذ للاستمتاع كالحضر. قال الزركشي: وليس الليل بمتعين، بل المراد أوقات الاستراحة ليلاً أو نهاراً على ما يقتضيه حال السفر، فإن لم تخرج معه أو كانت أمة فمنعها السيد سقطت نفقتها وإن لم يطالبها الزوج بالخروج فالنفقة بحالها (**وإذا لم يسافر**) السيد بعبده (**لزمه تخليته ليلاً للاستمتاع**) بزوجته لأنه وقت الاستراحة، إذ لا يجوز استخدامه في جميع الأوقات، وقيد الشيخ أبو حامد وأتباعه لزوم ذلك بما إذا لم تكن الزوجة بمنزل سيده، فإن كانت فيه لم يلزمه تخليته بالليل؛ لأنه متمكن من الاستمتاع بها في منزله، وهذا ظاهر كما قال الأذرعي إذا كان يخدم سيده نهاراً في منزله بحيث يلج كل وقت على زوجته. أما لو كان يستخدمه في زرعه أو سوقه أو رعيه أو نحو

وَيَسْتَخْدِمُهُ نَهاراً إِنْ تَكَفَّلَ المَهْرَ وَالنَّفقَةَ وَإِلَّا فَيُخْلِيهِ لِكَسْبِهِمَا وَإِنْ اسْتَخْدَمَهُ بِلَا تَكَفُّلٍ لَزِمَهُ الأَقَلُّ مِنْ أُجْرَةِ مِثْلٍ وَكُلِّ المَهْرِ والنَّفَقَةِ، وَقِيلَ يَلْزَمُهُ المَهْرُ والنَّفَقَةُ، وَلَوْ نَكَحَ فَاسِداً وَوَطِىءَ فَمَهْرُ مِثْلٍ في ذِمَّتِهِ، وَفِي قَوْلٍ

ذلك فلا فرق بين كونها في منزل السيد أو غيره.

تنبيه: قد يفهم من كلام المصنف أن جميع الليل محل التخلية حتى يجب من الغروب، وليس مراداً، بل بعد الفراغ من الخدمة أوّل الليل على العادة كما يأتي في الأمة **(ويستخدمه)** السيد **(نهاراً إن تكفل)** وهو موسر **(المهر والنفقة)** أي التزمهما لا حقيقة ضمان الدين **(وإلا فيخليه لكسبهما)** لأنه أحال حقوق النكاح على كسبه، فإذا فوّته طولب بها من سائر أمواله.

تنبيه: خصّ الماوردي ذلك بما إذا كان استخدام السيد نهاراً، فإن كان بالليل كالحارس استخدم العبد ليلاً وسلمه للاستمتاع نهاراً وهو نظير ما قالوه في القسم، أما تكفل المعسر فالمتجه كما قال الأذرعي أن التزامه لا يفيد لتفويته حقها **(وإن استخدمه)** السيد نهاراً أو حبسه كما قال الماوردي **(بلا تكفل)** للمهر والنفقة **(لزمه الأقل من أجرة مثل)** لتلك المدة **(و)** من **(كل المهر والنفقة)** لتلك المدة كما في فداء الجاني بأقل الأمرين من قيمته وأرش الجناية، ولأن أجرته إن زادت كان له أخذ الزيادة، وإن نقصت لم يلزمه إتمام النفقة. فإن قيل: إذا استخدمه أجنبي أو حبسه إنما يلزمه أجرة المثل فقط، فهلا كان السيد كذلك؟. أجيب بأن الأجنبي لم يوجد منه إلا تفويت منفعة والسيد سبق منه الإذن المقتضي لالتزام ما وجب في الكسب، وخرج بنهاراً المقيد به كلام المصنف ما لو استخدمه ليلاً فقط فإنه لا يلزمه شيء؛ لأن حقه في استمتاعه ليلاً لا بدل له، فلو استخدمه ليلاً ونهاراً ضمن زمن نهاره دون ليله، كما قاله الماوردي **(وفي قول يلزمه)** أي السيد **(المهر والنفقة)**، وإن زادت على أجرة المثل؛ لأنه ربما كسب في ذلك اليوم ما يفي بالجميع.

تنبيه: قال بعضهم: جميع ما سبق في عبد كسوب. أما العاجز عن الكسب جملة فالظاهر أن للسيد السفر به واستخدامه حضراً من غير التزام شيء اهـ، وهذا بحث مردود؛ لأن استخدامه يقابل بأجرة، فهو داخل في قول الأصحاب: يلزمه الأقل من أجرة مثل إلخ **(ولو نكح)** العبد **(فاسداً)** لعدم إذن سيده أو لمخالفته فيما أذن له فيه **(ووطىء)** في هذا النكاح زوجته **(فمهر مثل)** يجب عليه **(في ذمته)** فقط للزومه برضا مستحقه كالقرض الذي أتلفه. نعم إن أذن له السيد في نكاح فاسد أو فسد المهر دون النكاح تعلق بكسبه ومال تجارته لوجود إذن سيده. قال ابن الرفعة: نعم إن عين له المهر فينبغي أن يكون المتعلق بالكسب أقل الأمرين من مهر المثل ومن المعين، وهذا بخلاف ما لو أذن له في النكاح وأطلق فنكح فاسداً، فإن المهر يكون في ذمته على الأصح؛ لأن الإذن إنما يتناول الصحيح فقط **(وفي قول قديم)** أو مخرج

فِي رَقَبَتِهِ، وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ اسْتَخْدَمَهَا نَهَاراً وَسَلَّمَهَا لِلزَّوْجِ لَيْلاً،

تجب (في رقبته) كغير الوطء من الإتلاف ولا حد إن وطىء قبل أن يفرق بينه وبين المرأة للشبهة.

تنبيه: محل الخلاف في كبيرة عاقلة حرة مكنته برضاها، أما لو كانت حرة طفلة أو مجنونة أو وطئت مكرهة أو نائمة، فالوجه كما قال الأذرعي التعلق برقبته؛ لأنه جناية محضة، ولهذا وجب المهر على السفيه، وإن كانت رقيقة وسلمها سيدها تعلق بذمته أو بغير إذن سيدها ووطىء فهل يتعلق المهر برقبته كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا أو بذمته وجهان أوجههما الأول كما رجحه ابن المقري تبعاً للإمام، وجزم به في الأنوار، ورجح البلقيني الثاني.

فروع: لو أنكر السيد الإذن للعبد في النكاح فادعت الزوجة على السيد أن كسب العبد مستحق لي بمهري ونفقتي سمعت دعواها، وللعبد أن يدعي على سيده كما قاله ابن الرفعة: أنه يلزمه تخليته ليكتسب المهر والنفقة، ولو اشترى العبد زوجته لسيده أو أجنبي ولو بإذنه لم ينفسخ نكاحه كما يجوز أن يزوج عبده بأمته، ولو اشترت المبعضة أو المبعض زوجه بخالص ملكه أو المشترك بينه وبين سيده ولو بلا إذن سيده انفسخ نكاحه؛ لأن ملكه في الأولى وجزء منه في غيرها وامتنع عليه الوطء حينئذ، ولو بإذن سيده لأنه لا يجوز وطؤه بملك اليمين (**وإذا زوج**) السيد (**أمته**) غير المكاتبة والمبعضة (**استخدمها نهاراً**) أي له ذلك بنفسه أو بغيره (**وسلمها للزوج ليلاً**)؛ لأنه وقت الاستمتاع، والسيد يملك من أمته منفعتين: منفعة الاستمتاع، ومنفعة الاستخدام، وقد نقل الأولى للزوج فتبقى له الأخرى يستوفيها فيما عدا ما ذكر، ولا يشكل ذلك بتحريم خلوته بها؛ لأنه لا يستلزمها ولا بتحريم نظره إليها؛ لأن محله فيما بين السرة والركبة كما مر في النكاح، ولو كانت محترفة وقال الزوج: تحترف للسيد عندي لم يلزمه إجابته؛ لأنه قد يبدو له الإعراض عن الحرفة واستخدامها. أما المكاتبة فليس له أن يستخدمها لأنها مالكة أمرها. وأما المبعضة فالقياس كما قال الأذرعي أنه إن كان ثم مهايأة فهي في نوبتها كالحرة، وفي نوبة سيدها كالقنة، وإلا فالكقنة وما ذكره المصنف عكس الأمة المستأجرة للخدمة، فإنه يلزم سيدها تسليمها للمستأجر نهاراً وليلاً إلى وقت الفراغ من الخدمة عادة ليستوفي منفعتها الأخرى والمستأجرة للإرضاع يلزمه تسليمها ليلاً ونهاراً.

تنبيه: اقتضى كلام المصنف أمرين: أحدهما: أنه لو أراد السيد تسليمها نهاراً بدلاً عن الليل لم يكن له رد، وبه صرح في الروضة كأصلها؛ وظاهره أنه لا فرق في ذلك بين أن تكون حرفة الزوج نهاراً أو ليلاً. قال الأذرعي: وقد يقال: يلزمه الإجابة في الشق الثاني؛ لأن نهاره كليل غيره، فامتناعه عناد. الأمر الثاني: أن يسلمها من الغروب، ونقل ابن الرفعة عن نص البويطي: أنه بعد الثلث الأول. وقال القاضي في كتاب النفقات وابن الصباغ هنا يسلمها إذا فرغت من الخدمة بحكم العادة؛ وهو كما قال السبكي حسن ينبغي أن يحمل عليه كلام من

وَلاَ نَفَقَةَ عَلى الـزَّوْجِ حِينَئِذٍ في الأَصَـحِّ، وَلَـوْ أخْلَى في دارِهِ بَيْتاً وَقَالَ للزَّوْجِ تَخْلُو بهـا فِيهِ لَمْ يَلْزَمْـهُ في الأَصَحِّ، وللسَّيِّـدِ السَّفَـرُ بِهَـا وللـزَّوْجِ صُحْبَتُهَـا. والمَذْهَبُ أَنَّ السَّيِّدَ لَوْ قَتَلَهَا أوْ قَتَلَتْ نَفْسَهَا قَبْلَ دُخُولٍ سَقطَ مَهْـرُها، وإِنَّ لَـوْ قَتَلَتْ نَفْسَها، أَوْ قَتَـلَ الأَمَةَ أَجْنَبِيٌّ أَوْ مَاتَتْ فَلاَ، كَمَا لَوْ هَلَكَتا بَعْدَ دُخُولٍ،

أطلق (**ولا نفقة على الزوج حينئذ**) أي وقت تسليمها ليلاً فقط (**في الأصح**) لعدم التمكين التام؛ والثاني: تجب لوجوب التسليم الواجب، والثالث: يجب شطرها توزيعاً لها على الزمان.

تنبيه: أفهم كلام المصنف أمرين: أحدهما: أنه لو سامح وسلمها إليه ليلاً ونهاراً أنه يجب جميع النفقة، وهو كذلك. الأمر الثاني: أنه يجب على الزوج تسليم المهر بتسليمها ليلاً فقط؛ وهو الأصح في زيادة الروضة؛ لأن التسليم الذي يتمكن معه من الوطء قد حصل (**ولو أخلى**) سيدها (**في داره بيتاً**) لها (**وقال للزوج: تخلو بها فيه**) ولا أخرجها من داري (**لم يلزمه**) إجابته (**في الأصح**)؛ لأن الحياء والمروءة يمنعانه من دخولها؛ ولو فعل ذلك لم تلزمه نفقة بلا خلاف، والثاني: يجاب السيد جمعاً بين الحقين من إدامة يد السيد وتمكين الزوج (**وللسيد السفر بها**) حيث لا يخلو بها وإن منع الزوج من التمتع بها؛ لأنه مالك الرقبة والمنفعة فيقدم حقه: نعم إن كانت الأمة مكتراة أو مرهونة أو مكاتبة كتابة صحيحة لم يجز لسيدها أن يسافر بها إلا برضا المكتري والمرتهن والمكاتبة والجانية المتعلق برقبتها مال كالمرهونة، كما قاله الأذرعي إلا أن يلتزم السيد الفداء.

تنبيه: أفهم كلامه أنه ليس للزوج أن يسافر بها منفرداً إلا بإذن السيد؛ وهو كذلك لما فيه من الحيلولة القوية بينها وبين سيدها (**وللزوج صحبتها**) ليستمتع بها في وقت الاستمتاع، وليس للسيد منعه من السفر صحبتها ولا إلزامه به، فإن لم يصحبها لم يلزمه نفقتها جزماً، وأما المهر فإن كان بعد الدخول استقر وعليه تسليمه وإلا لم يلزمه؛ وله استرداده إن كان قد سلمه، ومحل ذلك كما قاله بعض المتأخرين إذا سلمه ظاناً وجوب التسليم عليه، فإن تبرع به لم يسترد كما في نظائره (**والمذهب أن السيد لو قتلها**) أي أمته ولو خطأ أو زوجها لولده، ثم قتلها قبل الدخول كما قاله البغوي (**أو قتلت نفسها**) هو مزيد على المحرر أو ارتدت أو قتلت زوجها (**قبل دخول سقط مهرها**) الواجب لها على النص لتفويته محله قبل تسليمه، وتفويتها كتفويته (و) المذهب المنصوص (**إن الحرة لو قتلت نفسها**) أو ماتت قبل دخول لا يسقط مهرها (**أو قتل الأمة أجنبي أو ماتت**) قبل دخول (**فلا**) يسقط مهرها، وقاس المصنف ما ذكره بقوله (**كما لو هلكتا**) أي الحرة والأمة (**بعد دخول**)، فإن المهر لا يسقط جزماً كما في المحرر، واستغنى المصنف عن التصريح به؛ لأن المقيس عليه لا يكون إلا مجزوماً به في الغالب، وما ذكره في

وَلَوْ بَاعَ مُزَوَّجَةً فَالمَهْرُ لِلْبَائِعِ فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ دُخُولٍ فَنِصْفُهُ لَهُ، وَلَوْ زَوَّجَ أَمَتَهُ بِعَبْدِهِ لَمْ يَجِبْ مَهْرٌ.

قتل الحرة هو المنصوص فيها عكس المنصوص السابق في قتل السيد أمته، وفرق بأن الحرة كالمسلمة إلى الزوج بالعقد، إذ له منعها من السفر بخلاف الأمة، وأيضاً الحرة إذا قتلت نفسها غنم زوجها من ميراثها، فجاز أن يغرم مهرها بخلاف الأمة، وأيضاً الغرض من نكاح الحرة الألفة والمواصلة دون الوطء وقد وجدا بالعقد، والغرض من نكاح الأمة الوطء؛ ولهذا يشترط فيه خوف العنت، وذلك غير حاصل قبل الدخول، وللأصحاب في المسألة طريقان: أشهرهما في كل قولان بالنقل والتخريج: ارجحهما المنصوص فيهما. والطريق الثاني القطع بالمنصوص فيهما، وفي وجه: ان قتل الأمة نفسها لا يسقط المهر لأنها ليست المستحقة له، وفي وجه: ان قتل الأجنبيّ أو موتها يسقط المهر كفوات مبيع قبل القبض بناء على أن السيد يزوّج بالملك، ولو قتل الحرّة الزوج أو أجنبيّ لم يسقط قطعاً.

فرع: لو قتلت الحرّة زوجها قبل الدخول هل يستقرّ مهرها أو يسقط؟ نقل عن بعض شرّاح مختصر المزني السقوط وجزم به في الأنوار، واعتمده شيخي، وتوجيهه ربما يؤخذ من تعليل قتل الأمة ومن فسخ الحرّة بعيب زوجها قبل الدخول أو بعقد صحيح، وعلى هذا يكون مستثنى من قول المصنف في الباب الآتي أن موت أحد الزوجين يقرّر المهر كما استثنى منه قتل الأمة (**ولو باع**) السيد أمة له (**مزوّجة**) قبل دخول أو بعده (**فالمهر**) المسمى أو بدله إن كان فاسداً بعد الوطء (**للبائع**) لوجوبه بالعقد الواقع في ملكه. أما إذا وجب في ملك المشتري فهو له بأن كان النكاح تفويضاً أو فاسداً ووقع الوطء فيهما أو القرض أو الموت في الأولى بعد البيع والمتعة الواجبة بالفراق للمشتري لوجوبها في ملكه (**فإن طلقت**) غير المفوّضة بعد بيعها (**قبل دخول**) بها (**(فنصفه**) أي البائع لما مرّ، وهذه المسألة مستفادة مما قبلها (**ولو زوّج**) سيد (**أمته بعبده**) ولم يكن مكاتباً ولا مبعضاً (**لم يجب مهر**) ولا نصفه كما قاله الماوردي؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده دين بدليل ما لو أتلف ماله، فإنه لا ضمان عليه في الحال ولا بعد العتق، وهل وجب المهر ثم سقط أو لم يجب أصلاً؟ ظاهر كلام المصنف الثاني، وجرى عليه في المطلب، وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا زوّجه بها وفوّض بضعها ثم وطئها بعد ما أعتقه، فإن قلنا بعدم الوجوب فلا شيء للسيد عليه، وإن قلنا بالوجوب وجب للسيد عليه مهر المثل؛ لأنه وجب بالوطء وهو حرّ، ولو زوّج أمته بعبد غيره ثم اشتراه قبل أن يقبض مهرها منه قال الماوردي: فإن كان بيد العبد من كسبه بعد النكاح شيء فهو للمشتري يأخذه من المهر، وليس للبائع فيه حق، وإن لم يكن فلا يطالبه بشيء؛ لأنه صار عبده وهل هذا الشراء أسقط المهر أو منع من المطالبة مع بقاء المهر فيه وجهان، أوجههما الثاني، وتظهر فائدتهما فيما لو أعتق العبد أو باعه هل يطالب أو لا، أما المكاتب فكالأجنبي، وأما المبعض فالظاهر كما قال الزركشي تبعاً للأذرعي أنه يجب عليه بقسط ما فيه من الحرّية.

تنبيه: قول المصنف بعبده لغة تميم، واللغة الفصحى زوّج أمته عبده بغير باء نبه عليه المصنف في تحرير التنبيه.

خاتمة: قد يخلو النكاح عن المهر أيضاً في صور: منها السفيه إذا نكح فاسداً ووطىء، ومنها إذا وطئت المفوضة في الكفر واعتقدوا أن لا مهر ثم أسلموا، ومنها إذا وطىء العبد سيدته أو أمة سيده بشبهة، ومنها إذا وطىء المرتهن الأمة المرهونة بإذن الراهن مع الجهل بالتحريم وطاوعته، وقياسه يأتي في عامل القراض والمستأجر ونحوهما ومنها إذا وطئت حربية بشبهة فإنه لا يضمن بضعها كما لا يضمن مالها، ومنها إذا وطىء مرتدة بشبهة وماتت على الردّة ومنها إذا وطىء السيد أمته غير المكاتبة أو الزوج زوجته بعد الوطأة الأولى، إذ هي المقابلة بالمهر على الأصح، ومنها إذا وطىء ميتة بشبهة، ومنها إذا استرق الكافر حرّاً مسلماً وجعله صداقاً لامرأته وأقبضها إياه ثم أسلما على ما مرّ فيه، ومنها ما لو أعتق المريض أمة هي ثلث ماله ثم نكحها بمسمى فينعقد النكاح بلا مهر إن لم يجر دخول؛ لأن وجوبه يثبت على الميت ديناً يرق به بعضها لعدم خروجها من الثلث فيبطل النكاح والمهر، فإثباته يؤدي إلى إسقاطه فيسقط، أما إذا دخل بها فينظر، فإن عفت عن المهر سقط وإن لم تعف عنه بطل العتق في البعض وتبين بطلان النكاح واستحقت من المهر بقسط ما عتق منها ويستخرج ذلك بطريق الجبر والمقابلة، فيقال فيما لو كانت قيمتها مائة ومهرها خمسين عتق منها شيء وبالمهر لها نصف شيء؛ لأنه نصف قيمتها يبقى للورثة ثلثمائة إلا شيئاً ونصف شيء يعدلان شيئين، وهما مثلاً ما فات بالعتق فبعد الجبر ثلاثمائة تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء فإنه يعدل شيئاً، وسدس شيء تبسطها أسداساً وتقلب الاسم، فالشيء ستة والمائة سبعة، فالشيء ستة أسباع الأمة، ذكره في أصل الروضة في باب الوصية.

كِتَابُ الصَدَاقِ(١)

هو بفتح الصاد وكسرها: ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود(٢)، وسمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر، ويجمع جمع قلة على أصدقة، وجمع كثرة على صدق، وله ثمانية أسماء مجموعة في قول الشاعر:

---

(١) شرع الله الحكيم العليم النكاح، ووضع له نظماً لتكوينه وشروطاً لتحقيقه، وجعلت الفقهاء له صيغاً خاصة به تستتبعها أحكامها، ومن هذه الأحكام المهر فهو حكم العقد على ما تقدم آنفاً أوجبه الله تعالى على الزوج نظير الاستمتاع ببضع الزوجة، وحث على أدائه إليها في كتابه العزيز، وسنة رسوله النبي الكريم، قال تعالى نهياً للأولياء عما كانوا عليه من أخذهم مهور الأيامى اللاتي لهم الولاية عليهن: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ والآيات والأحاديث الواردة في هذا المعنى متظافرة على أن المرأة ليست سلعة تباع، ولا متاعاً يشرى، وإنما هي أرفع وأشرف من كل ذلك؛ إذ أنها أمانة الله تعالى قد كلف الزوج بالمحافظة عليها، فإذا ما رغب رجل في الاستمتاع بامرأة والانتفاع بها في أحوال معاشه ومعاده فقد سنت له الشريعة الغراء قانوناً خاصاً، وأمرته ببذل مال يسمى بالصداق يدل به على صدق عزيمته معلناً عن رغبته، ولنا فيما استنه الله تعالى لأبي البشر عليه السلام الحكمة البالغة حيث أراد القرب من أمنا السيدة حواء فقالت له الملائكة: مه يا آدم حتى تؤدي صداقها، فكل هذا وأمثاله مما يدل على أن الزوجة صاحبة كرامة وإجلال في كل العصور أرشد إلى الحكمة في مشروعية المهر، فإن في شرعية ذلك المال على الزوج فضائل لا تكاد تحصى ففيه تطييب لخاطرها، وإزالة لوحشتها، ومساعدة لها في تجهيزها، وإعلاماً للزوج ابتداء بأن هذه هي التي ما نالها إلا بعد تكليف مالي تكبد في جمعه المشاق، وركب في سبيله الشطط، فسبحانه من حكيم بليغ في حكمته، عظيم في قدرته، رءوف بعباده في كل ما طلب منهم.

(١) الصداق لغة: بفتح الصاد، وكسرها، ويقال: صَدُقَةٌ بفتح الصاد وضم الدال، وصُدْقَة بضم الصاد وإسكان الدال: أربع لغات مشهورات. وأصدقتُ المرأة سميت لها صداقاً.
انظر: تحرير التنبيه ٢٨٤.
واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: هو المال الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد.
عرفه المالكية بأنه: ما يعطي للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها.
عرفه الحنابلة بأنه: العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض برة بتراضيهما أو الحاكم ونحوه كوطء شبهة.
انظر: شرح فتح القدير ٢/٤٣٤، شرح المحلى ٣/٢٧٥، حاشية الدسوقي ٢/٢٩٣، كشاف القناع ٥/١٢٨.

يُسَنُّ تَسْمِيَتُهُ فِي الْعِقْدِ، وَيَجُوزُ إِخْلَاؤُهُ مِنْهُ، وَمَا صَحَّ مبيعاً

صَـدَاقٌ وَمَـهْـرٌ نِـحْـلَةٌ وَفَـرِيـضَـةٌ   حِـبَـاءٌ وَأَجْـرٌ ثُـمَّ عَـقْـرٌ عَـلَائِقُ
الطويل

وزاد بعضهم الطول في بيت فقال:
مَـهْـرٌ صَـدَاقٌ نِـحْـلَةٌ وَفَـرِيـضَـةٌ   طَـوْلٌ حِـبَـاءٌ عُـقْـرٌ أَجْـرٍ عَـلَائِقُ
الكامل

لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا﴾ [النساء: ٢٥] وزاد بعضهم عاشراً وهو النكاح، لقوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحاً﴾ [النساء: ٤] وقيل الصداق ما وجب بتسمية في العقد، والمهر ما وجب بغير ذلك. والأصل في الباب قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] أي عطية من الله مبتدأة، والمخاطب بذلك الأزواج عند الأكثرين وقيل: الأولياء؛ لأنهم كانوا في الجاهلية يأخذونه ويسمونه نحلة، لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر فكأنها تأخذ الصداق من غير مقابل، وقوله تعالى: ﴿وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥] وقوله ﷺ لمريد التزويج: «الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَماً مِنْ حَدِيدٍ» رواه الشيخان (**يسن تسميته في العقد**) لأنه ﷺ لم يخل نكاحاً عنه، ولأنه أدفع للخصومة، ولئلا يشبه نكاح الواهبة نفسها له ﷺ، ويؤخذ من هنا أن السيد إذا زوّج عبده أمته أنه يستحب ذكر المهر وهو ما في الروضة تبعاً لبعض نسخ الشرح الكبير إذ لا ضرر في ذلك، وإن خالف في ذلك بعض المتأخرين ويسن أن لا ينقص المهر عن عشرة دراهم خروجاً من خلاف أبي حنيفة، وأن لا يزيد على خمسمائة درهم كأصدقة بناته ﷺ وزوجاته، وأما إصداق أم حبيبة أربعمائة دينار فكان من النجاشي إكراماً له ﷺ، ويسن أن لا يدخل بها حتى يدفع إليها شيئاً من الصداق خروجاً من خلاف من أوجبه (**ويجوز إخلاؤه منه**) بالإجماع لكن مع الكراهة كما صرّح به الماوردي والمتولي وغيرهما.

تنبيه: كان الأولى أن يقول: ويجوز إخلاؤه منها أي التسمية، فإن النكاح لا يخلو من المهر إلا في مسائل مستثناة قد مرّ الكلام عليها، وإنما تخلو منه التسمية، ولهذا عبر في الروضة بقوله: ويجوز إخلاؤه عن تسمية المهر وقد تجب التسمية لعارض في صور: الأولى: إذا كانت الزوجة غير جائزة التصرف أو مملوكه لغير جائز التصرف. الثانية: إذا كانت جائزة التصرف وأذنت لوليها أن يزوّجها ولم تفوّض فزوجها هو أو وكيله. الثالثة: إذا كان الزوج غير جائز التصرف وحصل الاتفاق في هذه الصورة على أقل من مهر الزوجة وفيما عداها على أكثر منه فيتعين تسميته بما وقع الاتفاق عليه، ولا يجوز إخلاؤه منه (**و**) لا تتقدّر صحة الصداق بشيء لقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فلم يقدّره، وقوله ﷺ: «الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَماً مِنْ حَدِيدٍ» بل ضابطه كل (**ما صح**) كونه (**مبيعاً**) عوضاً أو معوّضاً عيناً أو ديناً أو منفعة

صَحَّ صَدَاقاً، وَإِذَا أَصْدَقَهَا عَيْناً فَتَلِفَتْ في يَدِهِ ضَمِنَهَا ضَمَانَ عَقْدٍ، وَفِي قَوْلٍ ضَمَانَ يَدٍ، فَعَلَى الأَوَّلِ لَيْسَ لَهَا بَيْعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ،

كثيراً أو قليلاً ما لم ينته في القلة إلى حدّ لا يتموّل (صح) كونه (صداقاً) ومالاً فلا، فإن عقد بما لا يتموّل ولا يقابل بمتموّل فسدت التسمية ورجع لمهر المثل، ومثل له الصيمري بالنواة والحصاة وقشرة البصلة وقمع البازنجانة. فإن قيل: يستثنى من الضابط ما لو جعل رقبة العبد صداقاً لزوجته الحرة، وما لو جعل أمّ الولد صداقاً عن الولد، وما لو جعل أحد أبوي الصغيرة صداقاً لها فإنه يصح بيع هذه المذكورات، ولا يصح جعلها صداقاً بل يبطل النكاح في الصورة الأولى لأنه قارنه ما يضاده، وفي الباقي يصح بمهر المثل. أجيب بصحة جعلها صداقاً في الجملة، والغرض بيان ما يصح إصداقه وإنما امتنع فيها لعارض، واستثنى أيضاً ما لو أصدقها ديناً له على غيرها فإنه لا يصح على النص مع صحة بيعه ممن هو عليه، وهذا إنما يأتي على ما جرى عليه المصنف في هذا الكتاب أن بيعه لغير من هو عليه باطل، أما ما جرى عليه في زيادة الروضة من صحته لغير من هو عليه فيصح كونه صداقاً، واستثنى أيضاً ما لو جعل ثوباً لا يملك غيره صداقاً لتعلق حق الله تعالى به من وجوب ستر العورة به، وهذا مردود، فإنه إن تعين الستر به لم يصح بيعه ولا جعله صداقاً وإلا صح كل منهما، واستثنى أيضاً الجواهر والقسي، فإن الشيخ أبا حامد قال: لا يجوز السلم فيها كما لا يجوز جعلها صداقاً، وهذا مردود أيضاً فإنه لا يصح بيعها في الذمة ولا إصداقها، ويصح بيعها وإصداقها إن كانت معينة والضابط منطبق عليه، واستثنى من عكس الضابط ما لو أصدقها ما عليها أو على عبدها من قصاص فإنه يصح، ولا يصح بيعه **(وإذا أصدقها عيناً)** يمكن تقويمها كعبد موصوف **(فتلفت)** تلك العين **(في يده)** قبل القبض **(ضمنها)** وإن عرضها عليها وامتنعت من قبضها **(ضمان عقد)** لأنها مملوكة بعقد معاوضة فأشبهت المبيع في يد البائع **(وفي قول ضمان يد)** كالمعار والمستام لعدم انفساخ النكاح بالتلف، أما إذا لم يمكن تقويم عين الصداق فهو مضمون ضمان عقد قطعاً كما في الروضة وأصلها في الكلام على الصداق الفاسد أن الفاسد فيما لو أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف، قالا فالتسمية فاسدة، وعليه مهر المثل قطعاً.

تنبيه: إنما فرض المصنف كالروضة وأصلها الخلاف في العين مع أنه لا يختص بها؛ لأنه أكثر ما يظهر أثر الخلاف المتقدّم فيها، والفرق بين ضماني العقد واليد في الصداق أنه على الأول يضمن بمهر المثل وعلى الثاني بالبدل الشرعي وهو المثل إن كان مثلياً، والقيمة إن كان متقوّماً. ثم فرع المصنف على القولين مسائل. فقال **(فعلى الأول ليس لها بيعه)** أي المذكور من العين ولا غير البيع من سائر التصرفات الممتنعة ثم **(قبل قبضه)** كالمبيع، وعلى الثاني يجوز، ومما يتفرّع على القولين الإقالة فيصح على الأول دون الثاني وهي مسألة نفيسة ذكرها القاضي الحسين.

وَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِهِ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ، وَإِنْ أَتْلَفَتْهُ فَقَابِضَةٌ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ تَخَيَّرَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ فَسَخَتِ الصَّدَاقَ أَخَذَتْ مِنَ الزَّوْجِ مَهْرَ مِثْلٍ وَإِلَّا غَرَّمَتِ الْمُتْلِفَ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ الزَّوْجُ، فَكَتَلَفِهِ وَقِيلَ كَأَجْنَبِيٍّ، وَلَوْ أَصْدَقَ عَبْدَيْنِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ انْفَسَخَ فِيهِ لَا فِي الْبَاقِي عَلَى الْمَذْهَبِ وَلَهَا الْخِيَارُ، فَإِن فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ، وَإِلا فَحِصَّةُ التَّالِفِ مِنْهُ،

تنبيه: لو عبر المصنف بالتصرف في العين لشمل ما قدّرته، ومع هذا يرد عليه ما لو كان ديناً فإنه لا يجوز الاعتياض عنه على الأصح (ولو تلف في يده) بآفة سماوية **(وجب مهر مثل)** على القول الأول لانفساخ عقد الصداق حتى لو كان رقيقاً لزمه تجهيزه بخلافه على الثاني لا ينفسح فيتلف على ملكها فيلزمه تجهيزه، وعليه بدله من مثل أو قيمة ويعتبر أقصى القيم من الإصداق إلا التلف لاستحقاق التسليم في كل وقت من ذلك.

تنبيه: لو طالبته بالتسليم فامتنع لم ينتقل إلى ضمان اليد كما صححاه، وقيل: ينتقل ونسبه الزركشي إلى نص البويطي **(وإن أتلفته)** أي الزوجة **(فقابضة)** لحقها على القولين إذا كانت أهلاً؛ لأنها أتلفت حقها وإن كانت غير رشيدة فلا؛ لأن قبضها غير معتدّ به، وتقدّم في البيع أنه لو كان المبيع عبداً فقتله المشتري لصياله عليه لم يكن قبضاً فليكن هنا كذلك **(وإن أتلفه أجنبي)** يضمن الإتلاف **(تخيرت)** أي الزوجة **(على المذهب)** بين فسخ الصداق وإبقائه كما مرّ نظيره في البيع **(فإن فسخت الصداق أخذت من الزوج مهر مثل)** على القول الأول، وبدل الصداق من مثل أو قيمة على الثاني ويأخذ الزوج الغرم من المتلف **(وإلا)** بأن لم تفسخه **(غرّمت المتلف)** بكسر اللام المثل أو القيمة، وليس لها مطالبة الزوج على القول الأوّل ولها تغريمه على الثاني وهو يرجع على المتلف، ومقابل المذهب أنها لا تتخير ويكون الحكم كما لو تلف بآفة سماوية، ونوزع المصنف في حكاية الخلاف طريقين، والمنقول أنه قولان، أما إذا لم يضمن الأجنبي بالإتلاف كحربي أو مستحق قصاص على الرقيق الذي جعل صداقاً أو نحو ذلك كإتلاف الإمام له لحرابة فكالآفة السماوية **(وإن أتلفه الزوج فكتلفه)** بآفة سماوية **(وقيل كأجنبي)** أي كإتلافه وقد مرّ حكمهما **(ولو أصدق)** ـها **(عبدين فتلف أحدهما)** بآفة سماوية أو بإتلاف الزوج **(قبل قبضه انفسخ)** عقد الصداق **(فيه)** على القول الأول **(لا في الباقي على المذهب)** من خلاف تفريق الصفقة المتقدم قبيل باب الخيار **(ولها الخيار)** فيه لعدم سلامة المعقود عليه **(فإن فسخت)** عقد الصداق **(فمهر مثل)** لها **(وإلا)** بأن أجازت **(فحصة التالف منه)** أي من مهر المثل مع الباقي، وعلى الثاني لا ينفسخ عقد الصداق ولها الخيار، فإن فسخت رجعت لقيمة العبدين، وإن أجازت في الباقي رجعت لقيمة التالف، أما إذا أتلفته الزوجة فقابضة لقسطه أو أجنبي فتتخير، فإن فسخت طالبت الزوج بمهر المثل، وإن أجازت

وَلَوْ تَغَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهِ تَخَيَّرَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْلٍ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ، وَالْمَنَافِعُ الْفَائِتَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ لَا يَضْمَنُهَا، وَإِنْ طَلَبَتِ التَّسْلِيمَ فَامْتَنَعَ ضَمِنَ ضَمَانَ الْعَقْدِ، وَكَذَا الَّتِي اسْتَوْفَاهَا بِرُكُوبٍ وَنَحْوِهِ على الْمَذْهَبِ، وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِتَقْبِضَ الْمَهْرَ الْمُعَيَّنَ والحَالَّ

طالبت الأجنبي بالبدل كما علم ذلك مما مرّ (**ولو تغيب**) الصداق المعين في يد الزوج بآفة سماوية كعمى العبد أو بجناية غير الزوجة كقطع يده (**قبل قبضه تخيرت**) أي الزوجة (**على المذهب**) بين فسخ الصداق وإبقائه.

تنبيه: قضية كلامه أن ذلك مفرّع على ضمان العقد، ولا خلاف في ثبوت الخيار حينئذ فكيف يقول على المذهب، ولا يصح أن يقال إنه فرّعه على القولين كما صرّح به الإمام وغيره؛ لأن قوله (**فإن فسخت فمهر مثل وإلا**) بأن أجازت (**فلا شيء لها**) غير المعيب كالمشتري يرضى بالعيب مختص بضمان العقد، وعلى مقابله لها إن فسخت بذل الصداق، وإن أجازت فلها أرش العيب، نعم على الأول لها الأرض أيضاً فيما إذا عيبه أجنبي، وليس لها مطالبة الزوج وعلى مقابله لها مطالبته (**والمنافع الفائتة في يد الزوج لا يضمنها وإن طلبت**) منه الزوجة (**التسليم**) للصداق (**فامتنع**) منه (**ضمن**) على قول (**ضمان العقد**) كما لو اتفق ذلك من البائع، فقول الزركشي والصواب عند الامتناع من التسليم التضمين ممنوع، وأما على ضمان اليد فيضمنها من وقت الامتناع بأجرة المثل، فحيث لا امتناع لا ضمان على القولين (**وكذا**) المنافع (**التي استوفاها**) الزوج (**بركوب**) الدابة أصدقها (**ونحوه**) كلبس ثوب أو استخدام رقيق أصدقه لا يضمنها (**على المذهب**) بناء على أن جنايته كالآفة وهو الأصح كما مرّ، ومقابل المذهب يضمنها بأجرة المثل بناء على أن جنايته كجناية الأجنبي أو بناء على ضمان اليد، وإن زاد الصداق زيادة متصلة أو منفصلة فهي ملك للزوجة (**ولها حبس نفسها**) ولو بلا عذر (**لتقبض المهر المعين والحال**) كله أو بعضه في العقد أو الفرض الصحيح كما سيأتي دفعاً لضرر فوات البضع فيجب عليه تأديته. قال ﷺ: «أَوَّلُ مَا يُسْئَلُ عَنْهُ الْمُؤْمِنُ مِنْ دُيُونِهِ صَدَاقُ زَوْجَتِهِ» وقال: «مَنْ ظَلَمَ زَوْجَتَهُ فِي صَدَاقِهَا لَقِيَ اللَّهَ تَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَهُوَ زَانٍ».

تنبيه: قد يفهم كلامه أن المفوّضة ليس لها ذلك قبل الفرض والمسيس، وليس مراداً لما سيأتي وفرض المصنف ذلك في المالكة لأمرها. وأما غيرها لصغر أو جنون أو سفه فحبسها لوليها، فإن رأى المصلحة في الترك فعله، وأما الأمة فحبسها لسيدها أو وليه، هذا في غير المكاتبة كتابة صحيحة، وأما هي فقال الأذرعي: يشبه أن يجري في منع سيدها خلاف من الخلاف في تبرّعاتها، ويحتمل أن يكون لها ذلك وإن أبى السيد قطعاً اهـ، والأوجه أنه ليس له المنع. ويستثنى صور لا حبس فيها: الأولى: إذا عتق السيد الأمة وأوصى لها بصداقها فليس

لَا الْمُؤَجَّلَ، فَلَوْ حَلَّ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَلَا حَبْسَ في الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ كُلٌّ لَا أُسَلِّمُ حَتَّى تُسَلِّمَ فَفِي قَوْلٍ يُجْبَرُ هُوَ، وفي قَوْلٍ لَا إِجْبَارَ، فَمَنْ سَلَّمَ أُجْبِرَ صَاحِبُهُ، وَالأَظْهَرُ يُجْبَرَانِ فَيُؤْمَرُ بِوَضْعِهِ عِنْدَ عَدْلٍ، وَتُؤْمَرُ بِالتَّمْكِينِ فَإِذَا سَلَّمَتْ أَعْطَاهَا الْعَدْلُ الْمَهْرَ،

لها حبس نفسها؛ لأن الاستحقاق هنا بالوصية لا بالنكاح. الثانية: أمّ الولد إذا زوّجها السيد ثم مات وعتقت وصار الصداق للوارث فليس له حبسها، إذ لا ملك له فيها ولا لها؛ لأن الصداق ليس لها. الثالثة: الأمة المزوّجة إذا باعها السيد أو أعتقها بعد استحقاقه لصداقها فالمهر له ولا حبس لخروجها عن ملكه (**لا المؤجل**) فلا تحبس نفسها بسببه لرضاها بالتأجيل (**فلو حلّ**) الأجل (**قبل التسليم**) لنفسها للزوج (**فلا حبس في الأصح**) لوجوب تسليمها نفسها قبل الحلول، فلا يرتفع لحلول الحق، وهذا ما حكاه في الشرح الكبير عن أكثر الأئمة، وهو المعتمد، والثاني: لها الحبس كما لو كان حالاً ابتداء، ورجحه القاضي أبو الطيب، وقال: إن الأوّل غلط، وصوّبه في المهمات هنا، وفي البيع اعتماداً على نصّ نقله عن المزني. قال الأذرعي: وقد راجعت كلام المزني فوجدته من تفقهه، ولم ينقله عن الشافعي (**ولو**) تنازع الزوجان في البداءة بالتسليم كأن (**قال كل**) منهما للآخر (**لا أسلم حتى تسلم**) أي قال الزوج لا أسلم المهر حتى تسلمي نفسك، وقالت هي: لا أسلمها حتى تسلم إليّ المهر (**ففي قول يجبر هو**) على تسليم الصداق أوّلاً؛ لأن استرداده ممكن بخلاف البضع.

تنبيه: محلّ هذا إذا كانت مهيأة للاستمتاع كما في الرّوضة وأصلها لا كمريضة ومحرمة. قال الأذرعي: ولا يختصّ هذا بهذا القول، بل هو معتبر على كل قول حتى لو بذلت نفسها وبها مانع من إحرام أو غيره لم يجبر صرّح به العراقي شارح المهذب (**وفي قول لا إجبار**) على كل منهما لاستوائهما في ثبوت الحق لكل منهما على الآخر، وحينئذ (**فمن**) بادر و (**سلم**) منهما (**أجبر صاحبه**) على التسليم (**والأظهر يجبران فيؤمر**) الزوج (**بوضعه**) أي المهر (**عند عدل وتؤمر**) الزوجة (**بالتمكين، فإذا سلمت**) نفساً (**أعطاها العدل المهر**) لما فيه من فصل الخصومة. قال الإمام: فلو همّ بالوطء بعد أن تسلمت المهر فامتنعت، فالوجه استرداده.

تنبيه: أشعر اقتصاره على الأقوال الثلاثة أنه لا يجيء قول بإجبار الزوجة، وهو كذلك كما صرّح به الإمام لفوات البضع عليها بالتسليم. واستشكل ابن الرفعة القول الأوّل المرجح بالوضع عند عدل بأنه إن كان نائباً عن الزوجة فالمجبر الزوج، وهو القول الأوّل وإن لم يكن نائبها فقد أجبرت أوّلاً، ولا قائل به كما مرّ، وأجاب بأنه نائب عنها كما قال الأصحاب: لكنه ممنوع من تسليم المهر إليها وهي ممنوعة من التصرف فيه قبل التمكين بخلافه على القول الأوّل فإنها تتصرّف فيه بمجرّد قبضه، وأجاب آخر بأنه نائبهما، واستشهد له بمقتضى كلام الأصحاب المذكور، وأجاب آخر بأنه نائبه، ولا محظور في إجباره لزوال العلة المقتضية لعدم إجبارها، وأجاب آخر بأنه نائب الشرع لقطع الخصومة بينهما، وهذا أولى.

وَلَوْ بَادَرتْ فَمكَّنتْ طَالبَتْهُ، فَإِنْ لَمْ يَطَإِ امْتَنَعَتْ حَتَّى يُسَلِّمَ، وَإِنْ وَطِىءَ فَلاَ، وَلَوْ بَادَر فَسَلَّمَ فَلْتُمَكِّنْ، فَإِنِ امْتَنَعَتْ بِلاَ عُذْرٍ اسْتَرَدَّ إِنْ قُلْنَا إِنَّهُ يُجْبَرُ، وَلَوِ اسْتُمْهِلَتْ لِتَنَظُّفٍ وَنَحْوِهِ أُمْهِلَتْ مَا يَرَاهُ قَاضٍ، وَلاَ يُجَاوِزُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ لاَ لِيَنْقَطِعَ حَيْضٌ،

فرع: يجب عليه نفقتها بقولها: إذا سلم المهر مكنت لأنها حينئذ ممكنة **(ولو بادرت)** أي الزوجة **(فمكنت)** أي الزوج **(طالبته)** بالمهر على كل قول لأنها بذلت ما في وسعها، ولها حينئذ أن تستقلّ بقبض الصداق بغير إذن الزوج كنظيره في البيع **(فإن لم يطأ امتنعت)** أي جاز لها الامتناع من تمكينه **(حتى يسلم)** المهر؛ لأن القبض في النكاح بالوطء دون التسليم **(وإن وطئـ)ـها** بتمكينها منه مختارة مكلفة ولو في الدبر **(فلا)** كما لو تبرّع البائع بتسليم المبيع ليس له استرداده ليحبسه. أما إذا وطئت مكرهة أو غير مكلفة لصغر أو جنون فلها الامتناع لعدم الاعتداد بتسليمها. نعم لو سلم الوليّ المجنونة أو الصغيرة لمصلحة فينبغي كما في الكفاية أنه لا رجوع لها وإن كملت كما لو ترك الوليّ الشفعة لمصلحة ليس للمحجور عليه الأخذ بها بعد زوال الحجر على الأصح بخلاف ما لو سلمها لغير مصلحة، بل المحجور عليها لسفه لو سلمت نفسها ورأى الوليّ خلافه فينبغي كما قال شيخنا أن يكون له الرجوع وإن وطئت **(ولو بادر)** الزوج **(فسلم)** المهر **(فلتمكن)** زوجها وجوباً إذا طلبه؛ لأنه فعل ما عليه **(فإن امتنعت)** أي الزوجة من تمكين زوجها **(بلا عذر)** منها **(استردّ)** المهر منها **(إن قلنا)** بالمرجوح **(أنه يجبر)** على التسليم أوّلاً لأنه لم يتبرّع. أما إذا قلنا بالراجح وهو أنه لا يجبر أوّلاً لم يستردّ لأنه تبرّع بالمبادرة، فكان كتعجيل الدين المؤجل.

تنبيه: أهمل المصنف محل التسليم وهو منزل الزوج وقت العقد كما ذكره في التنبيه، فإن انتقل عن بلد العقد فزائد المؤنة عليه، فلو تزوّج رجل بغزة امرأة بالشام سلمت نفسها بغزة اعتباراً بمحل العقد، فإن طلبها إلى مصر فنفقتها من الشام إلى غزة عليها، ثم من غزة إلى مصر عليه، وهل تلزمه مؤنة الطريق من الشام إلى غزة أم لا؟ قال الحناطي في فتاويه: نعم وحكى الروياني فيه وجهين: أحدهما: نعم؛ لأنها خرجت بأمره. والثاني: لا؛ لأن تمكينها إنما يحصل بغزة. قال: وهذا أقيس. وأما من غزة إلى مصر فعليه، ولو طلب الزوج تسليمها فادّعى الوليّ موتها وأنكر الزوج صدّق الزوج بيمينه حتى لا يسلمه المهر، ويكلف الوليّ إقامة البينة بموتها، ولا يلزم الزوج مؤنة تجهيزها لأن الأصل بقاء الحياة **(ولو استمهلت)** هي أو وليها **(لتنظف ونحوه)** كإزالة وسخ وشعر عانة وشعر إبط **(أمهلت)** وجوباً على الأظهر ولو قبضت المهر، وقيل قطعاً **(ما يراه قاض)** كيوم أو يومين سواء أكانت طاهراً أم حائضاً أم نفساء **(ولا يجاوز ثلاثة أيام)** بلياليها؛ لأن الغرض من ذلك يحصل فيها، ولأنها أقلّ الكثير وأكثر القليل **(لا لينقطع حيض)** أو نفاس فلا تمهل لذلك، بل تسلم للزوج حائضاً ونفساء لأنها محل للاستمتاع

وَلَا تُسَلَّمُ صَغِيرَةٌ وَلَا مَرِيضَةٌ حَتَّى يَزُولَ مَانِعُ وَطْءٍ، وَيَسْتَقِرُّ الْمَهْرُ بِوَطْءٍ، وَإِنْ حَرُمَ كَحَائِضٍ،

في الجملة، وإنما تعذر نوع منه كالقرناء والرتقاء. قال الغزالي: إلا إذا علمت من عادته أنه يغشاها في الحيض فلها الامتناع من مضاجعته ولو كانت مدة الحيض لا تزيد على.مدة الإمهال للتنظيف ونحوه أمهلت كما قاله في التتمة **(ولا تسلم صغيرة)** لا تحتمل الوطء **(ولا مريضة)** ولا من بها هزال تتضرّر بالوطء معه **(حتى يزول مانع وطء)** لأنه يحمله فرط الشهوة على الجماع فتضرّر به.

تنبيه: شمل إطلاقه ما لو قال الزوج: سلموها لي ولا أطؤها حتى تحتمله، وهو الأصح المنصوص كما قاله الأذرعي وغيره، وجزم به الإمام والمتولي وإن كان ثقة إذ لا يؤمن من هيجان الشهوة. وقال البغوي: يجاب الثقة في المريضة دون الصغيرة وجرى عليه ابن المقري، والمراد كراهة التسليم كما صرّح به في الروضة كأصلها في الصغيرة ومثلها المريضة، ويحرم وطء من لا تحتمل الوطء لصغر أو جنون أو مرض أو هزال أو نحو ذلك لتضرّرها به، وتمهل حتى تطيق، فلو سلمت له صغيرة لا توطأ لم يلزمه تسلمها؛ لأنه نكح للاستمتاع لا للحضانة، وإذا تسلمها لم يلزمه تسليم المهر كالنفقة، وإن سلمه عالماً بحالها أو جاهلاً ففي استرداده وجهان أوجههما عدم الاسترداد كما يؤخذ من كلام الشيخين، ولو سلمت إليه المريضة أو النحيفة لم يجز له الامتناع، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت، ويجب عليه نفقتها، فإن خافت النحيفة الإفضاء لو وطئت لعبالة الزوج لم يلزمها التمكين من الوطء فيتمتع بغيره أو يطلق ولا فسخ له بذلك، بخلاف الرتق أو القرن فإنه يمنع الوطء مطلقاً، والنحافة لا تمنع وطء نحيف مثلها، وليست بعيب أيضاً. نعم إن أفضاها كل أحد فله الفسخ؛ لأنه حينئذ كالرتق، ومن أفضى امرأة بوطء امتنع عليه العود حتى تبرأ، فإن ادّعى الزوج البرء وأنكرت أو قال وليّ الصغيرة لا تحتمل الوطء وأنكر الزوج عرضت على أربع نسوة ثقات فيهما، أو رجلين محرمين للصغيرة، أو ممسوحين، ولو ادّعت النحيفة بقاء ألم بعد الاندمال وأنكر الزوج صدقت بيمينها؛ لأنه لا يعرف إلا منها **(ويستقرّ المهر)** على الزوج **(بوطء)** ولو في الدبر بتغييب حشفة أو قدرها من مقطوعها سواء أوجب بنكاح أو فرض كما في المفوّضة **(وإن حرم)** الوطء **(كحائض)** لاستيفاء مقابله، والقول قول الزوج في الوطء بيمينه. فإن قيل: لا بد في الاستقرار مع الوطء من قبض العين؛ لأن المشهور أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد كالمبيع، فكما قالوا: إن المبيع قبل القبض غير مستقرّ وإن كان الثمن قد قبض فكذلك الصداق. أجيب بأن المراد بالاستقرار هنا الأمن من سقوط كل المهر أو بعضه بالتشطير، وفي البيع الأمن من الانفساخ، والمبيع إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع، والصداق المعين إذا تلف قبل القبض لم يسقط المهر، بل يجب بدل البضع، وهو مهر المثل على ضمان العقد وبدل

وَبِمَـوْتِ أَحَـدِهِمَـا لَا بِخَلْوَةٍ في الجَدِيدِ.

فَصْلٌ

نَكَحَهَا بِخَمْرٍ أَوْ حُـرٍّ أَوْ مَغْصُوبٍ وَجَبَ مَهْـرُ مِثْلٍ ،

العين على ضمان اليد فافترق البابان وشمل المهر المسمى ومهر المثل، لكن يشترط لتقرير المسمى بالوطء أن لا يحصل انفساخ النكاح بسبب سابق على الوطء، فلو فسخ بعيب سابق على الوطء سقط المسمى ووجب مهر المثل.

فرع: قد يسقط المهر بعد استقراره: كما لو اشترت الحرّة زوجها بعد الدخول والصداق باق فإنه يسقط في أحد وجهين؛ لأنه لا يجب للسيد على عبده مال، والصحيح أنه يبقى في ذمته وإن لم يثبت للسيد على عبده دين ابتداء، لأن الدوام أقوى منه **(و)** يستقرّ المهر أيضاً **(بموت أحدهما)** قبل الوطء في النكاح الصحيح لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولأنه لا يبطل به النكاح بدليل التوارث وإنما هو نهاية له، ونهاية العقد كاستيفاء المعقود عليه بدليل الإجارة.

تنبيه: دخل في كلامه ما لو قتل أحدهما الآخر، ولكن تقدّم أن الأمة لو قتلت نفسها، أو قتلها سيدها، أو قتلت الأمة، أو الحرّة زوجها قبل الدخول لم يستقرّ المهر، فهي مستثناة، وخرج بالوطء والموت غيرهما فلا يستقرّ بمباشرة فيما دون الفرج، ولا باستدخال منيّ، ولا بإزالة بكارة بغير آلة الجماع، و **(لا بخلوة في الجديد)** لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] الآية، والمراد بالمس الجماع، وكما لا يلتحق ذلك بالوطء في سائر الأحكام من حدّ وغسل ونحوهما، والقديم يستقرّ بالخلوة في النكاح الصحيح حيث لم يكن مانع حسي كرتق، ولا شرعي كحيض؛ لأنها حينئذ مظنة الوطء. فإن قيل: يدل لهذا ما رواه الإمام أحمد عن زرارة بن أبي أوفى أنه قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً وأرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدّة. أجيب بأن هذا منقطع؛ لأن زرارة لم يدرك الخلفاء رضي الله تعالى عنهم. أما النكاح الفاسد فلا يستقرّ بها قطعاً.

فرع: لو أعتق مريض أمته التي لا يملك غيرها وتزوّجها وأجازت الورثة العتق استمرّ النكاح ولا مهر، قاله في البيان، وبينت وجهه في شرح التنبيه.

فَصْلٌ

في الصداق الفاسد وما يذكر معه، لو **(نكحها بخمر أو حرّ أو مغصوب)** سواء أشار إليه ولم يصفه كأصدقتك هذا أو لم يشر ووصفه بما ذكر أو بغيره كعصير أو رقيق أو مملوك له **(وجب مهر المثل)** في الأظهر لصحة النكاح وفساد التسمية بانتفاء كونه مالاً في الأوّل والثاني،

وَفِي قَـوْلٍ قِيمَتُهُ أَوْ بِمَمْلُوكٍ وَمَغْصُوبٍ بَطَلَ فِيهِ، وَصَحَّ فِي المَمْلُوكِ فِي الأَظْهَرِ وَتَتَخَيَّرُ، فَإِنْ فَسَخَتْ فَمَهْرُ مِثْـلٍ، وَفِي قَـوْلٍ قِيمَتُهُمَا، وَإِنْ أَجَـازَتْ فَلَهَا مَـعَ المَمْلُوكِ حِصَّةُ المَغْصُـوبِ مِنْ مَهْـرِ مِثْـلٍ بِحَسَبِ قِيمَتِهِمَا، وَفِي قَوْلٍ تَقْنَعُ بِهِ، وَلَـوْ قَالَ زَوَّجْتُـكَ بِنْتِي وَبِعْتُكَ ثَـوْبَهَا بِهَـذَا الْعَبْدِ صَحَّ النِّكَاحُ وَكَذَا المَهْرُ وَالْبَيْعُ فِي الأَظْهَرِ، وَيُوَزَّعُ الْعَبْدُ عَلَى الثَّـوْبِ وَمَهْرِ مِثْـلٍ،

وملكاً للزوج في الثالث **(وفي قول قيمته)** أي قيمة ما ذكر بأن يقدّر الخمر عصيراً، لكن يجب مثله، والحرّ رقيقاً، والمغصوب مملوكاً، لكن المغصوب المثلي يجب مثله، فلو عبر بالبدل كان أولى، لكنه تبع المحرّر في ذلك مع أن الرافعي أنكر على الغزالي التعبير بالقيمة ثم وقع فيه في المحرّر. أما إذا أشار إليه مع الوصف كأصدقتك هذا الحرّ وجب مهر المثل قطعاً كما قاله الأكثرون.

تنبيه: هذا في أنكحتنا. أما أنكحة الكفار فكل ما اعتقدوا صحة إصداقه يجري عليه حكم الصحيح كما مر وتصويرهم المسألة بالخمر والحرّ يقتضي أن محل ذلك فيما يقصد. أما إذا لم يقصد كالدم والحشرات لم يأت ذلك فيه، بل تكون كالمفوّضة، وهو قياس ما ذكروه في الخلع أنه إذا خالعها على ذلك يقع رجعياً؛ لأنه لا يقصد بحال، فكأنه لم يطمع في شيء، لكن صرّحوا هنا بأنه لا فرق، وفرق بين البابين بأن مقصود النكاح الوطء، وهو موجب للمهر، بخلاف الخلع فإن مقصوده الفرقة، وهي تحصل غالباً بدون عوض **(أو)** نكحها **(بمملوك ومغصوب)** مثلاً **(بطل فيه، وصحّ في المملوك في الأظهر)** هما قولا تفريق الصفقة في الابتداء، وسبق في البيع الكلام عليهما **(وتتخير)** الزوجة إذا كانت جاهلة بين فسخ الصداق وإجازته؛ لأن المسمى بتمامه لم يسلم لها **(فإن فسخت فمهر مثل)** يجب لها **(وفي قول قيمتهما)** هما القولان المارّان، وكان الأولى أن يقول بدلهما لما مرّ **(وإن أجازت فلها مع المملوك حصة المغصوب من مهر مثل)** لها **(بحسب قيمتهما)** عملاً بالتوزيع، فلو كانت مثلا مائة بالسوية بينهما أخذت نصف مهر مثل عن قيمة المغصوب **(وفي قول تقنع به)** أي المملوك ولا شيء لها معه بناء على أن المشتري يجيز بكل الثمن فيما إذا خرج بعض المبيع مستحقاً **(ولو قال)** شخص **(زوّجتك بنتي)** فلانة **(وبعتك ثوبها)** هذا مثلاً وهو وليّ مالها، أو أذنت له **(بهذا العبد صحّ النكاح)** جزماً، وفيه وجه شاذ بعدم الصحة **(وكذا المهر والبيع في الأظهر)** هما القولان في الجمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقة واحدة؛ لأن بعض العبد ثمن وبعضه صداق. فإن قيل: هذه المسألة مرّت في آخر باب المناهي فهي مكرّرة. أجيب بأنها ذكرت هنا بزيادة على ما تقدّم، وهي إفادة تصوير جمع الصفقة بيعاً ونكاحاً **(ويوزع العبد)** المذكور أي قيمته **(على)** قيمة **(الثوب ومهر مثل)** فإن كان المهر مائة مثلاً وقيمة الثوب كذلك فنصف العبد صداق ونصفه ثمن الثوب، فإن طلقها قبل الدخول رجع إليه نصف الصداق، وهو

وَلَوْ نَكَحَ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لأَبِيهَا أَوْ أَنْ يُعْطِيَهُ أَلْفاً فَالمَذْهَبُ فَسَادُ الصَّدَاقِ وَوُجُوبُ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ شَرَطَ خِيَاراً في النِّكَاحِ بَطَلَ النِّكاحُ، أَوْ في المَهْرِ فَالأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكاحِ لَا المَهْرِ، وَسَائِرُ الشُّرُوطِ إِنْ وَافَقَ مُقْتَضَى النِّكَاحِ أَوْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ لَغَا، وَصَحَّ النِّكَاحُ وَالمَهْرُ، وَإِنْ خَالَفَ وَلَمْ يُخِلَّ بِمَقْصُودِهِ الأَصْلِيِّ

ربع العبد، وتقدّم في تفريق الصفقة أنه يشترط في التوزيع كون حصة النكاح مهر مثل، فإن كانت أقلّ وجب مهر المثل جزماً، ومقابل الأظهر بطلانهما ووجوب مهر المثل.

تنبيه: أشار بقوله: ثوبها إلى اشتراط كون ملك الصداق وما معه لشخص واحد. فإن قال: زوّجتك بنتي وبعتك ثوبي هذا بهذا العبد لم يصح البيع ولا الصداق كبيع عبيد جمع بثمن واحد ويصح النكاح بمهر المثل.

فرع: قال في الأم: لو قال: زوجتك بنتي وملكتك هذه المائة من مالها بهاتين المائتين اللتين لك، فالبيع والصداق باطلان؛ لأنه من قاعدة مدّ عجوة، وإن كان أحد العوضين دنانير صحا، إذ غايته أنه جمع بين صداق وصرفه وهو لا يمنع الصحة **(ولو نكح)** امرأة **(بألف على أن لأبيها)** ألفاً **(أو أن يعطيه ألفاً فالمذهب فساد الصداق)** في الصورتين؛ لأنه جعل بعض ما التزمه في مقابلة البضع لغير الزوجة **(ووجوب مهر المثل)** فيهما لفساد المسمى والطريق الثاني فساده في الأولى دون الثانية؛ لأن لفظ الإعطاء لا يقتضي أن يكون المعطى للأب.

تنبيه: هذا إذا قرىء يعطيه بالمثناة من تحت أي يعطي الزوج أباها ألفاً. فإن قرىء بالمثناة من فوق أي تعطي المرأة أباها ألفاً فهو وعد هبة منها لأبيها **(ولو شرط)** أحد الزوجين **(خياراً في النكاح بطل النكاح)** لأن النكاح مبناه على اللزوم فشرط ما يخالف قضيته يمنع الصحة، فإن شرط ذلك على تقدير عيب مثبت للخيار. قال الزركشي: ينبغي أن يصح لأنه تصريح بمقتضى العقد اهـ وهو مخالف لإطلاق كلام الأصحاب **(أو)** شرط أحد الزوجين خياراً **(في المهر فالأظهر صحة النكاح)** لأن فساد الصداق لا يؤثر في النكاح **(لا المهر)** فلا يصح في الأظهر بل يفسد ويجب مهر المثل؛ لأن الصداق لا يتمحض عوضاً، بل فيه معنى النحلة فلا يليق به الخيار، والمرأة لم ترض بالمسمى إلا بالخيار. والثاني: يصح المهر أيضاً؛ لأن المقصود منه المال كالبيع فيثبت لها الخيار. والثالث: يفسد النكاح لفساد المهر أيضاً **(وسائر)** أي باقي **(الشروط)** الواقعة في النكاح **(إن وافق)** الشرط فيها **(مقتضى)** عقد **(النكاح)** كشرط النفقة والقسم **(أو)** لم يوافق مقتضى النكاح ولكنه **(لم يتعلق به غرض)** كشرط أن لا تأكل إلا كذا **(لغا)** هذا الشرط أي لا تأثير له في الصورتين لانتفاء فائدته **(وصح النكاح والمهر)** كما في نظيره من البيع **(وإن خالف)** الشرط مقتضى عقد النكاح **(ولم يخل بمقصوده الأصلي)** وهو

كَشَرْطِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَوْ لَا نَفَقَةَ لَهَا صَحَّ النِّكَاحُ وَفَسَدَ الشَّرْطُ، وَالْمَهْرُ وَإِنْ أَخَلَّ كَأَنْ لَا يَطَأَ أَوْ يُطَلِّقَ بَطَلَ النِّكَاحُ، وَلَوْ نَكَحَ نِسْوَةً بِمَهْرٍ فَالأَظْهَرُ فَسَادُ المَهْرِ، وَلِكُلٍّ مَهْرُ مِثْلٍ،

الوطء (كشرط أن لا يتزوّج عليها أو) أن (لا نفقة لها صح النكاح) لعدم الإخلال بمقصوده وهو الوطء (وفسد الشرط)سواء أكان لها كالمثال الأوّل أو عليها كالمثال الثاني لقوله ﷺ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ» (و) فسد (المهر) أيضاً؛ لأن الشرط إن كان لها فلم ترض بالمسمى وحده، وإن كان عليها فلم يرض الزوج ببدل المسمى إلا عند سلامة ما شرطه، وليس له قيمة ما يرجع إليها فوجب الرجوع إلى مهر المثل (وإن أخل) الشرط بمقصود النكاح الأصلي (كأن) شرط أن (لا يطأ)ها الزوج أصلاً، وأن لا يطأها إلا مرة واحدة مثلاً في السنة أو أن لا يطأها إلا ليلاً فقط أو إلا نهاراً فقط (أو) أن (يطلق) ـها ولو بعد الوطء (بطل النكاح) لأنه ينافي مقصود العقد فأبطله، ومسألة ما إذا شرط أن يطلق مكررة فقد ذكرها في الكلام على التحليل، ولو شرط هو أنها لا ترثه أو أنه لا يرثها أو أنهما لا يتوارثان أو أن النفقة على غير الزوج بطل أيضاً كما قاله في أصل الروضة عن الحناطي، وجرى عليه ابن المقري، وصحح البلقيني الصحة وبطلان الشرط.

تنبيه: ما جرى عليه المصنف من البطلان فيما إذا شرط عدم الوطء هو ما صححه في المحرّر، وفي الشرح الصغير أنه الأشبه، والذي صححه في الروضة وأصلها وتصحيح التنبيه فيما إذا شرطه الزوج الصحة؛ لأنه حقه فله تركه والتمكين عليها، وهذا هو الذي عليه الجمهور كما قاله الأذرعي وغيره. وقال في البحر: إنه مذهب الشافعي، فإن قيل: إن شرط أحدهما شرطاً، فإن لم يساعده صاحبه لم يتم العقد، وإن ساعده فالزوج بالمساعدة تارك لحقه فهلا كانت مساعدته كشرطه وهي بالمساعدة مانعة حقه فهلا كانت مساعدتها كشرطها؟ أجيب بأنا إذا جعلناه كالابتداء من كل منهما فقد وجد ما يقتضي الصحة وما يقتضي البطلان، ورجح جانب المبتدىء لقوّة الابتداء وبناء الجواب عليه، وأحيل عليه الحكم فقط دفعاً للتعارض، ويستثنى من البطلان بترك الوطء المأنوس من احتمالها الجماع، فإنه لو شرط في العقد أن لا يطأها لم يبطل العقد؛ لأنه من قضيته، وكذا لو لم تحتمله في الحال فشرط أن لا يطأها إلى الاحتمال، قاله البغوي في فتاويه، والظاهر كما قاله الأذرعي أنه لو علم أنها رتقاء أو قرناء وشرطت عليه ذلك أنه لا يضر قطعاً، قال الأذرعي ولينظر فيما إذا كانت متحيرة وحرمنا وطأها وشرطت تركه فيحتمل أن يقال بفساد النكاح؛ لأن الشفاء متوقع، ويحتمل خلافه؛ لأن الظاهر أن العلة المزمنة إذا طالت دامت اهـ وهذا أظهر (ولو نكح) شخص (نسوة) أو امرأتين معاً (بمهر) كأن زوّجه بهنّ جدّهنّ أو معتقهنّ أو وكيل عن أوليائهنّ أو اختلعن على عوض واحد (فالأظهر فساد المهر) والعوض للجهل بما يخص كل واحدة في الحال (ولكلّ مهر مثل) لما مرّ. والثاني: يصح ويوزع على مهور أمثالهنّ أما النكاح والبينونة فيصحان بلا خلاف.

وَلَوْ نَكَحَ لِطِفْلٍ بِفَوْقِ مَهْرِ مِثْلٍ أَوْ أَنْكَحَ بِنْتاً لَا رَشِيدَةً أَوْ رَشِيدَةً بِكْراً بِلَا إِذْنٍ بِدُونِهِ فَسَدَ الْمُسَمَّى، وَالأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ بِمَهْرِ مِثْلٍ، وَلَوْ تَوَافَقُوا عَلَى مَهْرٍ كَانَ سِرًّا وَأَعْلَنُوا زِيَادَةً فَالمَذْهَبُ وُجُوبُ مَا عَقَدَ بِهِ،

تنبيه: يؤخذ من قوله: ولكل مهر مثل أنه لو زوّج أمتيه من عبد بمهر واحد أنه يصح وهو كذلك؛ لأن المهر في نكاح أمتين للسيد وهو متحد **(ولو نكح)** الوليّ **(لطفل)** أو مجنون **(بفوق مهر مثل)** من مال الطفل أو المجنون **(أو أنكح بنتاً)** بموحدة أوّله فنون ساكنة فمثناة فوقية بخطه **(لا)** بنتاً **(رشيدة)** كالمجنونة والصغيرة والسفيهة **(أو رشيدة بكراً بلا إذن)** في النقص عن مهر **(بدونه)** أي بدون مهر المثل، وليس المراد بلا إذن منها لوليها في تزويجها؛ لأن الكلام في البكر التي لا يحتاج في إنكاحها إلى إذن، وسيأتي الكلام فيمن يحتاج إلى إذنها في النكاح **(فسد)** كل **(المسمى)** لأن الوليّ مأمور بالحظ وهو منتف، إذ الزيادة في الأولى والنقص في الثانية خلاف المصلحة **(والأظهر صحة النكاح بمهر مثل)** كما في سائر الأسباب المفسدة للصداق، والثاني: لا يصح لفساد المهر بما ذكر، ومحل تصحيح الأوّل إذا كان مهر مثلها يليق به، فلو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ما له فقياس ما صححوه في السفيه أنه لا يصح هنا أيضاً لأنه على خلاف المصلحة، نبه عليه الزركشي.

تنبيه: ما جزما به هنا من فساد المسمى جميعه لا ينافي ما رجحناه في نكاح السفيه من فساد الزائد منه دون جميعه؛ لأن السفيه متصرّف لنفسه فقصر الفساد على الزائد، والوليّ متصرف على غيره ففسد جميعه، أما إذا عقد الوليّ لموليه بأكثر من مهر مثل من مال نفسه فإنه يصح بالمسمى عيناً كان أو ديناً؛ لأن المجعول صداقاً لم يكن ملكاً للابن حتى يفوت عليه، والتبرّع به إنما حصل في ضمن تبرّع الأب، فلو ألغى فات على الابن ولزمه مهر مثل في ماله وهذا ما قطع به الغزالي وغيره وهو أوجه مما رجحه المتولي وغيره من فساده لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن، ثم يكون متبرعاً بالزائد لما يترتب على ذلك من المحذور السابق، ولا يصير الأب بالعقد لموليه ضامناً للمهر والنفقة، فإن قيل تركيب عبارة المصنف غير مستقيم، فإن من قواعد العربية أن لا إذا دخلت على مفرد وهو صفة لسابق وجب تكرارها كقوله تعالى: ﴿إِنَّهَا بَقَرَةٌ لَا فَارِضٌ وَلَا بِكْرٌ﴾ [البقرة: ٦٨] وقوله تعالى: ﴿زَيْتُونَةٍ لَا شَرْقِيَّةٍ وَلَا غَرْبِيَّةٍ﴾ [النور: ٣٥]. أجيب بأن لا هنا اسم بمعنى غير ظهر إعرابها فيما بعدها لكونها على صورة الحرف، وسبق الكلام على ذلك في كتاب الطهارة **(ولو توافقوا)** أي الوليّ والزوج والزوجة إذا كانت بالغة، وقد لا يحتاج إلى موافقتها، أو تكون غير مكلفة فيكون المراد الوليّ والزوج **(على مهر)** كمائة **(كان سرّاً)** وهو لغة ما اطلع عليه شخص واحد **(وأعلنوا زيادة)** كمائتين **(فالمذهب وجوب ما عقد به)** اعتباراً بالعقد؛ لأن الصداق يجب به، سواء كان العقد بالأقل أم بالأكثر، وعلى هاتين الحالتين حملوا نص الشافعي في موضع على أن المهر مهر السر، وفي آخر على

وَلَوْ قَالَتْ لِوَلِيِّهَا زَوِّجْنِي بِأَلْفٍ فَنَقَصَ عَنْهُ بَطَلَ النِّكَاحُ، فَلَوْ أَطْلَقَتْ فَنَقَصَ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ بَطَلَ، وَفِي قَوْلٍ يَصِحُّ بِمَهْرِ مِثْلٍ. قُلْتُ: الأَظْهَرُ صِحَّةُ النِّكَاحِ فِي الصُّورَتَيْنِ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

أنه مهر العلانية، والطريقة الثانية تحكي قولين في الحالة الثانية، ومنهم من أثبتهما في الحالة الأولى أيضاً. قال ابن القاسم، وهذه المسألة تنبني على ثلاث قواعد في كل منها خلاف. الأولى: الاصطلاح الخاص هل يرفع الاصطلاح العام؟. والثانية: ان الإبهام في الشروط هل يؤثر فيها. والثالثة: ان الشرط قبل العقد هل يلحقه ولو اتفقوا على تسمية الألف بألفين، فإن عبروا بهما عنها وعقدوا بهما لزما لجريان اللفظ الصريح بهما أو عقدوا بهما على أن لا يلزم إلا ألف صح النكاح بمهر المثل لفساد الشرط **(ولو قالت)** رشيدة **(لوليها)** غير المجبر؛ لأنه الذي يحتاج إلى إذن **(زوجني بألف فنقص عنه بطل النكاح)** للمخالفة، وفي قول من الطريق الثاني يصح بمهر المثل، وأفهم البطلان بطريق الأولى، فيما إذا زوجها بلا مهر أو مطلقاً أو سكت عن المهر سواء أزوجها بنفسه أم بوكيله **(فلو أطلقت)** بأن سكتت عن المهر **(فنقص عن مهر مثل بطل)** النكاح؛ لأن المطلق محمول على مهر المثل وقد نقص عنه **(وفي قول: يصح بمهر مثل)** إذ ليست المخالفة صريحة **(قلت: الأظهر صحة النكاح في الصورتين)** المذكورتين **(بمهر المثل، والله أعلم)**كسائر الأسباب المفسدة للصداق، ولو كانت سفيهة وسمى دون تسميتها، ولكنه كان زائداً على مهر مثلها. قال البلقيني في التدريب: فينبغي أن لا يضيع الزائد عليها ولم يذكروه ولو طرد في الرشيدة لم يبعد اهـ لكنهم لم ينظروا إلى ذلك مع وجود الرجوع إلى مهر المثل؛ لأنه المراد.

تنبيه: جرت عادة الأولياء بتزويج الصغار بمهر مؤجل، وينبغي كما قال الزركشي الصحة عند المصلحة لتحصيل كفء، ولكن لا يسلمها حتى يأخذ على الصداق رهناً كيلا تفوت منفعة البضع بلا مقابل في الحال، ولو زوجها بعرض أو بغير نقد البلد. قال في البيان الذي يقتضيه القياس: إن كان الوليّ مجبراً وهي غير مكلفة صح إن كان ذلك مهر مثلها، فإن كان غير مجبر وغير حاكم، أو وهي مكلفة لم يصح ذلك المهر إلا أن يكون بإذنها، فإن كان الحاكم وهي مجنونة ورأى أن يزوّجها بشيء من العرض وقيمته قدر مهر مثلها صح ذلك.

فَصْلٌ

في التفويض مع ما يذكر معه، وهو جعل الأمر إلى غيره، ويقال الإهمال، ومنه لا يصلح الناس فوضى، وهو قسمان: تفويض مهر، كقولها للوليّ: زوّجني بما شئت أو شاء فلان.

قَالَتْ رَشِيدَةٌ: زَوِّجْنِي بِلاَ مَهْرٍ فَزَوَّجَ وَنَفى المَهْرَ أَوْ سَكَتَ فَهُوَ تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ، وَكَذَا لَوْ قَالَ سَيِّدُ أَمَةٍ زَوَّجْتُكَهَا بِلاَ مَهْرٍ، وَلاَ يَصِحُّ تَفْوِيضُ غَيْرِ رَشِيْدَةٍ، وَإِذَا جَرَى تَفْوِيضٌ صَحِيحٌ فَالأَظْهَرُ أَنَّهُ لاَ يَجِبُ شَيْءٌ بِنَفْسِ الْعَقْدِ،

وتفويض بضع، وهو المراد هنا، وسميت المرأة مفوّضة بكسر الواو لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الوليّ بلا مهر أو لأنها أهملت المهر، ومفوّضة بفتحها؛ لأن الوليّ فوّض أمرها إلى الزوج. قال في البحر: والفتح أفصح إذا (**قالت رشيدة**) بكر أو ثيب لوليها (**زوجني بلا مهر فزوج**) ـها الوليّ (**ونفى المهر أو سكت**) عنه (**فهو تفويض صحيح**) لأن حقيقة التفويض شرعاً: إخلاء النكاح عن المهر وقد وجد، وسيأتي حكمه، وظاهر كلامه أنها لو قالت زوجني وسكتت عن المهر أنه ليس بتفويض. وهو كذلك كما رجحه في الشرح الصغير. ونقل الإمام الاتفاق عليه؛ لأن النكاح يعقد بالمهر غالباً فيحمل مطلق الإذن عليه وقال في المهمات: إنه تفويض وأن الشافعي نصّ عليه نصاً قاطعاً اهـ وليس كما ادّعى، والنص الذي ذكره ليس قاطعاً، بل محتمل جدّاً كما نبه عليه الأذرعي.

تنبيه: قضية إطلاقه نفي المهر أنها لو قالت: زوجني بلا مهر في الحال، ولا عند الدخول ولا غيره يكون تفويضاً صحيحاً، وهو أحد وجهين. قال الأذرعي: إنه الذي يقتضيه إيراد جمهور العراقيين كما قاله بعض الأئمة فهو المذهب اهـ ولو عبر المصنف بمطلقة التصرّف لكان أولى، إذ الأصح أنها لو سفهت ولم يحجر عليها كانت كرشيدة في التصرّف.

فرع: لو زوجها بمهر المثل من نقد البلد وقد أذنت أن يزوجها بلا مهر صح المسمى، أو زوجها بدونها أو بغير نقد البلد فهو تفويض كما في الحاوي، ورجحه الشيخان تبعاً للبغوي، وإن قال الزركشي: إنه عجيب كما قاله ابن الرفعة، ولو نكحها على أن لا مهر ولا نفقة لها أو على أن لا مهر لها ويعطي زوجها ألفاً وقد أذنت بذلك فمفوّضة فلا يلزم شيء بالعقد، وإن نازع الزركشي الشيخين في ذلك، وقال: ينبغي أن يجب مهر المثل بالعقد (**وكذا لو قال سيد أمة**) غير مكاتبة (**زوجتكها بلا مهر**) فهو تفويض صحيح؛ لأنه المستحق للمهر فأشبه الرشيدة.

تنبيه: ظاهر كلامه أن السيد لو سكت عن ذكر المهر لا يكون تفويضاً، وليس مراداً، فقد نصّ في الأمّ على أنه تفويض، وحكاه الرافعي عن الأصحاب؛ لأن سكوته عنه في العقد يشعر برضاه بدونه، بخلاف إذن المرأة للوليّ فإنه محمول على ما يقتضيه العرف والشرع من التصرف لها بالمصلحة. أما المكاتبة كتابة صحيحة فحكمها مع السيد في التفويض كالحرّة كما قاله بعض المتأخرين (**ولا يصح تفويض غير رشيدة**) لأن التفويض تبرّع وليست من أهله. نعم يستفيد به الوليّ من السفيهة الإذن في تزويجها (**وإذا جرى تفويض صحيح**) وتقدّم تعريفه (**فالأظهر أنه لا يجب**) على الزوج للمفوّضة (**شيء**) أي مهر (**بنفس العقد**) إذ لو وجب به

فَإِنْ وَطِىءَ فَمَهْرُ مِثْلٍ ، وَيُعْتَبَرُ بِحَالِ الْعَقْدِ في الأَصَحِّ ، وَلَهَا قَبْلَ الْوَطْءِ مُطَالَبَةُ الزَّوْجِ بِأَنْ يَفْرِضَ مَهْراً ، وَحَبْسُ نَفْسِهَا لِيَفْرِضَ ، وَكَذَا لِتَسْلِيمِ المَفْرُوضِ في الأَصَحِّ ،

لتشطر بالطلاق قبل الدخول كالمسمى الصحيح ، وقد دلّ القرآن على أنه لا يجب إلا المتعة ، والثاني يجب به مهر المثل ، إذ لو لم يجب به لما استقرّ بالموت .

تنبيه : لو عبر بمهر كما قدّرته بدل شيء كان أولى ، إذ العقد أوجب شيئاً وهو ملكها المطالبة بأن يفرض لها كما سيأتي . أما التفويض الفاسد ففيه مهر مثل بنفس العقد ، وعلى الأظهر **(فإن وطىء)** المفوّضة **(فمهر مثل)** يجب لها وإن أذنت له في وطئها بشرط أن لا مهر ؛ لأن الوطء لا يباح بالإباحة لما فيه من حق الله تعالى . ويستثنى من ذلك صورتان : الأولى : إذا زوج أمته بعبده ثم أعتقهما أو باعهما قبل الدخول ثم وطئها الزوج فلا مهر لها كما قاله الرافعي قبيل الصداق ؛ لأنه استحق وطأ بلا مهر . الثانية : لو نكح في الكفر مفوّضة ثم أسلما ولو قبل الوطء واعتقادهم أن لا مهر لمفوّضة بحال فلا تستحق مهراً بوطئها لأنه قد سبق استحقاق وطء بلا مهر كما ذكراه في الروضة وأصلها في نكاح المشرك . فإن قيل : يخالف هذا ما ذكره الرافعي عن التتمة أنه لو نكح ذميّ ذمية على أن لا مهر لها وترافعا إلينا حكمنا بحكمنا في المسلمين ، وجزم به في الروضة ، فإذا أوجبناه فيما إذا لم يسلما مع اعتقادهما عدمه ، فكيف لا نوجبه إذا أسلما؟ . أجيب بأن ما في نكاح المشرك في الحربيين وما هنا في الذميين كما صرّح به في التصوير المذكور لالتزام الذمي أحكام الإسلام بخلاف الحربيّ **(ويعتبر)** مهر المثل في المفوّضة **(بحال العقد في الأصح)** لأنه المقتضى للوجوب بالوطء ، والثاني : بحال الوطء لأنه وقت الوجوب . والأوّل : رجحه في المحرّر والشرح الصغير ، ونقله الرافعي في سراية العتق عن اعتبار الأكثرين ، لكن الذي صححه في أصل الروضة ، ونقله الرافعي عن المعتبرين ، وجرى عليه ابن المقري ، وهو المعتمد : أن المعتبر أكثر مهر مثل من العقد إلى الوطء ؛ لأن البضع دخل بالعقد في ضمانه واقترن به الإتلاف فوجب الأكثر كالمقبوض بشراء فاسد . فإن قيل في كلام الرافعي تناقض في النقل . أجيب بأن المعتبرين هنا غير الأكثرين هناك **(ولها)** على الأظهر السابق **(قبل الوطء مطالبة الزوج بأن يفرض)** لها **(مهراً)** لتكون على بصيرة من تسليم نفسها . واستشكل ذلك الإمام بأنا إذا قلنا : يجب مهر المثل بالعقد فما معنى التفويض ، وإن قلنا لا يجب بالعقد شيء فكيف تطلب ما لا يجب لها؟ ، ومن طمع أن يلحق ما وضع على الإشكال بما هو بين طلب مستحيلاً ، والمطلع على الحقائق هو الله تعالى اهـ . وأجيب بأن الصحيح أنها ملكت أن تطالب بمهر المثل كما مرّت الإشارة إليه **(و)** لها أيضاً **(حبس نفسها)** عن الزوج **(ليفرض)** لها مهراً لما مرّ **(وكذا)** لها حبس نفسها **(لتسليم المفروض)** الحال **(في الأصح)** كالمسمى في العقد . والثاني : لا ؛ لأنها سامحت بالمهر فكيف تضايق بتقديمه؟ . أما

وَيُشْتَرَطُ رِضَاهَا بِمَا يَفْرِضُهُ الزَّوْجُ لَا عِلْمُهَا بِقَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ فِي الْأَظْهَرِ، وَيَجُوزُ فَرْضُ مُؤَجَّلٍ فِي الْأَصَحِّ، وَفَوْقَ مَهْرِ مِثْلٍ، وَقِيلَ لَا إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ، وَلَوِ امْتَنَعَ مِنَ الْفَرْضِ أَوْ تَنَازَعَا فِيهِ فَرَضَ الْقَاضِي نَقْدَ الْبَلَدِ حَالًّا. قُلْتُ: وَيُفْرَضُ مَهْرُ مِثْلٍ

المؤجل فليس لها حبس نفسها له كالمسمى في العقد **(ويشترط رضاها بما يفرضه الزوج)** لأن الحق لها. فإن لم ترض به فكأنه لم يفرض، وهذا كما قال الأذرعي إذا فرض دون مهر المثل، أما إذا فرض لها مهر مثلها حالاً من نقد البلد وبذله لها وصدّقته على أنه مهر مثلها فلا يعتبر رضاها لأنه عبث وتعنت، ويحمل كلام الأصحاب في مواضع على غير ذلك حتى لو طلقها قبل الدخول استحقت شطره، و **(لا)** يشترط **(علمهما)** أي الزوجان حيث تراضيا على مهر **(بقدر مهر المثل في الأظهر)** لأنه ليس بدلاً عنه بل الواجب أحدهما، والثاني: يشترط علمهما بقدره بناء على أنه الواجب ابتداء وما يفرض بدل عنه.

تنبيه: محلّ الخلاف فيما قبل الدخول. أما بعده فلا يصح تقديره إلا بعد علمهما بقدره قول واحداً لأنه قيمة مستهلك قاله الماوردي **(ويجوز فرض مؤجل)** بالتراضي **(في الأصح)** كما يجوز تأجيل المسمى ابتداء، والثاني لا، بناء على وجوب مهر المثل ابتداء ولا مدخل للتأجيل فيه فكذا بدله **(و)** يجوز بالتراضي فرض مهر **(فوق مهر مثل)** سواء أكان من جنسه أم لا؛ لأنه ليس ببدل **(وقيل لا)** يجوز **(إن كان من جنسه)** أي المهر بناء على أنه بدل عنه، فإن كان من غير جنسه كعرض تزيد قيمته على مهر المثل فيجوز قطعاً؛ لأن القيمة ترتفع وتنخفض فلا تتحقق الزيادة.

تنبيه: قد يفهم تعبيره بفوق أنه لا يجوز النقص عن مهر المثل، وليس مراداً، بل يجوز بلا خلاف كما قاله الإمام **(ولو امتنع)** الزوج **(من الفرض)** لها **(أو تنازعا فيه)** أي قدر المفروض أي كم يفرض **(فرض القاضي)** لأن منصبه فصل الخصومات **(نقد البلد حالاً)** كما في قيم المتلفات لا مؤجلاً، ولا بغير نقد البلد وإن رضيت بذلك؛ لأن منصبه الإلزام بمال حال من نقد البلد، ولها إذا فرضه حالاً تأخير قبضه لأن الحق لها، ولو جرت عادة نسائها أن ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل وبعضه حالّ لم يؤجله الحاكم بل يفرض حالاً وينقص للتأجيل بقدر ما يليق بالأجل، وعن الصيمري: لو جرت عادة في ناحية بفرض الثياب وغيرها فرض لها ذلك اهـ وقياس ما مرّ أنه يفرض نقداً وينقص لذلك بقدر ما يليق بالعرض **(قلت: ويفرض مهر مثل)** بلا زيادة ولا نقص لأنه قيمة البضع ودفعاً للضرر من الْجَانبين. نعم تغتفر الزيادة أو النقص الْيَسير الواقع في محل الاجتهاد الذي يحتمل مثله في قدر مهر المثل.

تنبيه: قضية كلام الشيخين منع الزيادة والنقص وإن رضي الزوجان، وهو كذلك لأن

وَيُشْتَرطُ عِلْمُهُ بِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ،وَلَا يَصِحُّ فَرْضُ أَجْنَبِيٍّ مِنْ مَالِهِ فِي الأَصَحِّ ، وَالْفَرْضُ الصَّحِيحُ كَمُسَمًّى فَيَتَشَطَّرُ بِطَلَاقٍ قَبْلَ وَطْءٍ ، وَلَوْ طَلَّقَ قَبْلَ فَرْضٍ وَوَطْءٍ فَلَا شَطْرَ ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَهُمَا لَمْ يَجِبْ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الأَظْهَرِ. قُلْتُ: الأَظْهَرُ وُجُوبُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

منصبه يقتضي ذلك ثم إن شاآ بعد ذلك فعلا ما شاآ، واختار الأذرعي الجواز **(ويشترط علمه)** أي القاضي **(به)** أي مهر المثل **(والله أعلم)** حتى لا يزيد عليه ولا ينقص عنه إلا بالتفاوت اليسير، ولا يتوقف ما يفرضه على رضاهما لأنه حكم منه **(ولا يصح فرض أجنبيّ من ماله في الأصح)** لأنه خلاف ما يقتضيه العقد، والثاني: يصح كما يؤدّي الصداق عن الزوج بغير إذنه.

تنبيه: محلّ الخلاف إذا لم يأذن الزوج للأجنبيّ وإلا فيجوز قطعاً كما صرّح به في الذخائر.

فروع: لا يصح إبراء المفوضة عن مهرها ولا إسقاط فرضها قبل الفرض والوطء فيهما. أما الأوّل فلأنه إبراء عما لم يجب. وأما الثاني فكإسقاطه زوجة المولى حقها من مطالبة زوجها، ولا يصح الإبراء عن المتعة ولو بعد الطلاق، لأنه قبل الطلاق إبراء عما لم يجب وبعده إبراء عن مجهول، ولو فسد المسمى وأبرأت عن مهر المثل وهي تعرفه صح وإلا فلا، ولو علمت أنه لا يزيد على ألفين وتيقنت أنه لا ينقص عن ألف فأبرأت زوجها من ألفين نفذ، وهذه حيلة في الإبراء من المجهول، وهي أن يبرىء من له عليه دين لا يعلم قدره من قدر يعلم أنه أكثر مما له عليه **(والفرض)** أي المفروض **(الصحيح كمسمى)** في العقد **(فيشترط بطلاق)** بعد عقدو **(قبل وطء)** سواء أكان الفرض من الزوجين أومن الحاكم لعموم قوله: ﴿**وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾ [**البقرة: ٢٣٧**] أما المفروض الفاسد كخمر فلا يشترط به مهر المثل، ولا عبرة به بعد إخلاء العقد عن الفرض بالكلية، بخلاف فاسد المسمى في العقد لعدم إخلاء العقد من العوض **(ولو طلق)** الزوج **(قبل فرض ووطء فلا شطر)** لمفهوم الآية، والمراد أنه لا يجب لها شيء من المهر، ولها المتعة كما سيأتي آخر الباب **(وإن مات أحدهما)** أي الزوجين **(قبلهما)** أي الفرض والوطء **(لم يجب مهر مثل في الأظهر)** كالطلاق **(قلت: الأظهر وجوبه، والله أعلم)** لأنه كالوطء في تقرير المسمى، فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض ولأن بروع بنت واشق نكحت بلا مهر فمات زوجها قبل أن يفرض لها، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نسائها وبالميراث، رواه أبو داود وغيره، وقال الترمذي: حسن صحيح، وعلق في الأمّ القول به على صحة الحديث، ونقل الحاكم في المستدرك عن شيخه: محمد بن يعقوب الحافظ أنه قال: لو حضرت الشافعي لقمت على رءوس أصحابه وقلت: قد صح الحديث فقل به اهـ، وقد قال به رضي الله تعالى عنه في البويطي، وإنما توقف في غيره لعدم صحة الحديث عنده إذ ذاك.

فَصْلٌ

مَهْـرُ المِثْلِ مَـا يُرْغَبُ بِـهِ في مِثْلِهَا، وَرُكْنُـهُ الأَعْظَمُ نَسَبٌ، فَيُـرَاعَى أَقْـرَبُ مَنْ تُنْسَبُ إِلَى مَنْ تُنْسَبُ إِلَيْـهِ

تنبيه: قد مرّ أنه يعتبر مهر المثل في المفوّضة فيما إذا وطئت بأكثر مهر مثل من العقد إلى الوطء، فهل هنا كذلك، أو يعتبر بحال العقد أو الموت؟ أوجه في الرّوضة وأصلها بلا ترجيح: أوجهها أوّلها لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد وتقرّر عليه بالموت كالوطء. وقال بعض المتأخرين: ينبغي اعتبار الثاني. ولما قدّم المصنف رحمه الله تعالى وجوب مهر المثل في الصداق الفاسد وفي التفويض احتاج إلى بيانه بما يضبطه فترجم له بفصل، فقال.

فَصْلٌ

أي في ضابط ذلك (**مهر المثل ما يرغب به في مثلها**)(١) عادة (**وركنه**) أي مهر المثل (**الأعظم نسب**) في النسيبة لوقوع التفاخر به كالكفاءة في النكاح.

تنبيه: ظاهر كلام الأكثرين كالمصنف اعتبار ذلك في العجم كالعرب، وهو كذلك، لأن الرّغبات تختلف بالنسب مطلقاً، ومنع القفال والعبادي اعتبار النسب في العجم (**فيراعى**) في تلك المرأة المطلوب مهر مثلها (**أقرب من تنسب**) من نساء العصبة (**إلى من تنسب**) هذه المرأة المذكورة (**إليه**) كالأخت وبنت الأخ والعمة وبنت العم لا الجدّة والخالة. أما غير النسيبة فيعتبر

---

(١) اتفق العلماء قاطبة على أن المهر ليس له نهاية كبرى ولا حد محدود يوقف عنده واختلفوا في نهاية الصغرى على مذاهب كالآتي:

أ ــ ذهب عمرو ابن عباس والحسن البصري وابن المسيب وربيعة والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق والشافعي إلى أن كل ما جاز أن يكون ثمناً أو أجرة جاز أن يكون مهراً قليلاً كان ذلك أو كثيراً ولو دانقاً أو حبة.

ب ــ ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن أقل ما يصلح مهراً للزوجة عشرة دراهم فضة مضروبة أو تبراً حتى يجوز وزن عشرة تبراً وإن كانت قيمته أقل من العشرة المضروبة أو ما يساويها.

جـ ــ قال أبو محمد بن حزم لا نهاية لأقله فيجوز أقل شيء ولو حبة من شعير وظاهر أن في هذا المذهب خرق للإجماع على أن الشيء الذي لا يتمول وليس له قيمة لا يكون صداقاً.

د ــ قال سعيد بن جبير أقله خمسون درهماً.

هـ ــ قال إبراهيم النخعي أقله أربعون درهماً وعنه عشرون درهماً.

و ــ قال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم.

ز ــ قال الإمام مالك رضي الله عنه أقله ربع دينار أو ثلاثة دراهم.

قال الشوكاني: وهذه الأقوال الأربعة الأخيرة لا دليل عليها لأن كل قول منها وإن وافق مهراً من المهور التي وقعت في عصر النبوة فإنه لا يدل على أن هذا هو المقدار الذي لا يجزي ما دونه إذ لا تصريح يؤيد واحداً منها فالصحيح أن كل ما له قيمته يصح أن يكون مهراً اهـ.

وَأَقْـرَبُهُنَّ أُخْتٌ لِأَبَـوَيْنِ ثُمَّ لِأَبٍ ثُمَّ بَنَـاتُ أَخٍ ثُمَّ عَمَـاتٌ كَذٰلِكَ، فَإِنْ فُقِدَ نِسَاءُ الْعَصَبَةِ أَوِ لَمْ يُنْكَحْنَ أَوْ جُهِلَ مَهْرُهُنَّ فَأَرْحَامٌ كَجَدَّاتٍ وَخَالاَتٍ، وَيُعْتَبَرُ سِنٌّ وَعَقْلٌ وَيَسَارٌ وبَكارةٌ وثُيُوبَةٌ وَمَا اخْتَلَفَ بِهِ غَـرَضٌ،

مهرها بالأوصاف الآتية كما قاله الإمام.

تنبيـه: ضمير إليـه يرجـع إلى من الثانيـة، ويراعى في نسـاء العصبات قـرب الـدرجـة، وكـونهنّ على صفتها (**وأقـربهنّ أخت لأبوين ثم لأب ثم بنـات أخ**) لأبوين ثم لأب (**ثم عمـات كذلك**) أي لأبوين ثم لأبٍ لأن المدلي بجهتين مقدّم على المدلي بجهة.

تنبيه: لم يذكر المصنف بنات العم لأبوين ثم لأب ولا بد منـه، وكذا بنـات أولاد العم، وقضية كلامه أن العمة تقـدّم على بنت بنت الأخ وليس مراداً، بـل المراد تـرتيب جهة العمـومة على جهة الأُخوّة كما صرّح به الماوردي، ولو كان نساء العصبة ببلدين هي في أحـدهما اعْتُبِـرَ نساء بلدها، فإن كن ببلد غير بلدها فالاعتبار بهنّ أولى من الأجنبيات في البلد كما جزما به في الروضة وأصلها وإنْ نوزعا فيه (**فإن فقد نساء العصبة**) من الأصـل. أما لـو متن اعتبرن كـالحياة (**أو لم ينكحن**) أصلاً (**أو**) نكحن لكن (**جهل مهرهنّ فأرحام**) لها يعتبر مهرها بهن تقدّم القربى فالقربى من الجهات، وكذا من الجهة الواحدة (**كجدّات وخالات**) لأنهنّ أولى من الأجانب.

تنبيـه: ظاهـر كلامـه أن الأم لا تعتبر وليس مـراداً، فقد قـال الماوردي: يقـدّم من نسـاء الأرحام الأم ثم الجدّات ثم الخالات، ثم بنات الأخوات، ثم بنات الأخوال، وعلى هذا قـال: لو اجتمعت أم أبٍ وأم أمّ فأوجه. ثالثها وهو الأوجه التسوية، فإن لم يكن في عصبـاتها من هي في صفتها كما سيـأتي كن كالعـدم كما صـرّح به العمـراني وغيره. وقـال الأذرعي في نصوص الشـافعي إشارة إليـه قال ابن قـاسم: فينتقل إلى من بعـدهنّ، فإن فقـد نسـاء الأرحـام، أو لم ينكحن أصـلاً أو جهل مهـرهنّ اعتبرت بمثلهـا من الأجنبيات، لكن تقـدّم أجنبيات بلدهـا، ثم أقرب بلد إليها، وتعتبر العربية بعربية مثلها، والبلدية مثلها، والقروية بقروية مثلها، والأمة بـأمة مثلها في خسة السيد وشرفه، والعتيقة بعتيقة مثلها.

تنبيه: المراد بـالأرحام هنـا قرابـات الأمّ لا ذوو الأرحام المـذكورون في الفـرائض، لأن أمهات الأمّ لسن من المذكورين في الفرائض قطعاً (**ويعتبـر**) مع مـا تقدّم (**سنّ**) وعفـة (**وعقل**) وجمال (**ويسار**) وفصاحة (**وبكارة وثيوبة**) وهي مصدر ليست من كـلام العرب (**وما اختلف بـه غرض**) كالعلم والشرف، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الصفات، وإنما لم يعتبر الجمـال، وكذا المال في الكفـاءة، لأن مدارهـا على دفع العـار، ومدار المهـر على الرغبـات، وهذا من عطف العام على الخاص فيعتبر مهر نسوة شـاركتهن المطلوب مهـرها في شيء ممـا ذكر. قـال الفارقي: بعد ذكر ما يعتبر فيها أنه يعتبر حال الزوج أيضـاً من يسار وعلم وعفـة ونحوهـا. قال: فلو وجد في نساء العصبة بصفتها وزوجها مثل زوجها فيما ذكـر من الصفات اعْتُبِـرَ بها وإلا فـلا

فَإِنِ اخْتَصَّتْ بِفَضْلٍ أَوْنَقْصٍ زِيدَ أَوْ نُقِصَ لَائِقٌ فِي الحَالِ ، وَلَوْ سَامَحَتْ وَاحِدَةٌ لَمْ تَجِبْ مُوَافَقَتُهَا ، وَلَوْ خَفَضْنَ لِلْعَشِيرَةِ فَقَطْ اعْتُبِرَ ، وَفِي وَطْءِ نِكَاحٍ فَاسِدٍ مَهْرُ مِثْلٍ يَوْمَ الْوَطْءِ ، فَإِنْ تَكَرَّرَ فَمَهْرٌ فِي أَعْلَى الأَحْوَالِ . قُلْتُ: وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءٌ بِشُبْهَةٍ وَاحِدَةٍ فَمَهْرٌ ، فَإِنْ تَعَدَّدَ جِنْسُهَا

(**فإن اختصت**) أي انفردت واحدة منهنّ (**بفضل**) أي صفة كمال مما ذكر (**أو نقص**) عنه (**زيد**) في مهرها في صورة الفضل (**أو نقص**) منه في صورة النقص (**لائق بالحال**) أي حال المرأة المطلوب مهرها بحسب ما يراه الحاكم، فالرأي في ذلك منوط به فيقدّره باجتهاده صعوداً وهبوطاً، وهذا كما قال بعض المتأخرين إذا لم يحصل الاتفاق عليه وحصل تنازع (**ولو سامحت واحدة**) منهنّ (**لم تجب**) على الباقيات (**موافقتها**) اعتباراً بالغالب. نعم إنْ كانت المسامحة لنقص نسب يفتر الرغبة اعتبرت المسامحة فيه كما في الروضة كأصلها. قال ابن شهبة: وهذا قد يعلم من الذي قبله (**ولو خفضن**) بأن جرت عادتهنّ بالتخفيف في المهر (**للعشيرة**) أي الأقارب (**فقط**) أو الشريف أو العالم أو الشاب كما قاله الماوردي (**اعتبر**) ذلك في المطلوب مهرها بالنسبة لمن ذكر دون غيرهم.

تنبيه: لو قال المصنف وعكسه لشمل مسامحة غير العشيرة دون العشيرة كما قاله الماوردي. قال: ويكون ذلك في القبيلة الدنيئة، ولو كانت النساء المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل وبعضه حالّ لم يؤجله الحاكم كما مرّت الإشارة إليه، ولكن ينقص ما يليق بالأجل (**و**) يجب (**في وطء نكاح**) أو شراء (**فاسد مهر مثل**) لاستيفائه منفعة البضع كوطء الشبهة (**يوم**) أي وقت (**الوطء**) لأنه وقت الاتلاف ولا اعتبار بالعقد إذ لا حرمة له لفساده (**فإن تكرّر**) وطء فيما ذكر (**فمهر**) واحد كما في النكاح الصحيح إذ فاسد كل عقد كصحيحه، والشبهة شاملة للكل فأشبهت النكاح، ولكن يعتبر (**في أعلى الأحوال**) التي للموطوءة حال وطئها كأن يطأها سمينة وهزيلة فيجب مهر تلك الحالة العليا، لأنه لو لم يوجد إلا الوطأة الواقعة في تلك الحالة لوجب ذلك المهر، فالوطآت الباقية إذا لم توجب زيادة لا توجب نقصاً.

تنبيه: المراد بالتكرار كما قاله الدميري: أن يحصل بكل وطأة قضاء الوطر مع تعدّد الأزمنة، فلو كان ينزع ويعود والأفعال متواصلة ولم يقض الوطر إلا آخراً فهو وقاع واحد بلا خلاف. أما إذا لم تتواصل الأفعال فتعدّد الوطآت وإنْ لم يقض وطره (**قلت**) كما قال الرافعي في الشرح (**ولو تكرر وطء بشبهة واحدة**) كأن ظنّ الموطوءة زوجته أو أمته (**فمهر**) واحد فى أعلى الأحوال لشمول الشبهة.

تنبيه: لو قال وكذا لو تكرّر إلخ لاستغنى عن تقييد كلامه بأعلى الأحوال، وخص الماوردي الاتحاد بما إذا لم يغرم المهر، فإن غرم ثم وطىء لزمه مهر آخر (**فإن تعدّد جنسها**)

تَعَدَّدَ المَهْرُ، وَلَوْ كَرَّرَ وَطْءَ مَغْصُوبَةٍ أَوْ مُكْرَهَةٍ عَلَى زِناً تَكَرَّرَ المَهْرُ، وَلَوْ تَكَرَّرَ وَطْءُ الأَبِ وَالشَّرِيكِ وَسَيِّدٍ مُكَاتَبَةً فَمَهْرٌ، وَقِيلَ مُهُورٌ، وَقِيلَ إِنِ اتَّحَدَ المَجْلِسُ فَمَهْرٌ، وَإِلاَّ فَمُهُورٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

أي الشبهة كأن وطئها بنكاح فاسد ثم فرق بينهما ثم وطئها يظنها أمته (**تعدّد المهر**) لتعدّد الوطآت، لأن تعدّد الشبهة كالأنكحة.

تنبيه: لو تعدّدت الشبهة واتحد الجنس كأن ظنها زوجته فوطئها فبان الحال ثم ظنها كذلك فوطئها تعدّد أيضاً مع أن الجنس واحد، فلو عبر بتعدّد الشبهة دون الجنس ليشمل هذه الصورة كان أولى (**و**) لو فقدت الشبهة كما (**لو كرر وطء مغصوبة أو**) وطىء (**مكرهة على زنا تكرر المهر**) فيجب لكل وطء مهر لانتفاء الشبهة الملحقة بالنكاح والوجوب هنا بإتلاف وقد تعدّد.

تنبيه: لا بد من تقييد المغصوبة بكونها مكرهة على الوطء، لأن المطاوعة لا مهر لها لأنها بغيّ، وحينئذ لا يظهر وجه عطف المكرهة عليها. نعم إنْ طاوعته، ولكن اختصت الشبهة بها دونه فهنا يظهر التعدّد في حقه كما قاله الزركشي لأنه إتلاف محض من جهته بلا شبهة منه، ولو تكرر وطء المغصوبة مع الجهل لم يتكرر المهر، فإن وطىء مرة عالماً ومرة جاهلاً فمهران (**ولو تكرر وطء الأب**) جارية ولده ولم يحصل بالأوّل كما قال الرافعي إحبال أي ولم تكن مستولدة للابن أو تكرر (**و**) طء (**الشريك**) الأمة المشتركة أو تكرر (**و**) طء (**سيد مكاتبة**) له ولم يحبلها (**فمهر**) واحد في الصور المذكورة بالشرط السابق عن الماوردي، وعليه نص الشافعي في المكاتبة، لأن شبهتي الإعفاف والملك يعمان الوطآت (**وقيل**) يجب في الصور المذكورة (**مهور**) بعدد الوطآت (**وقيل**) وهو رأي القاضي الحسين والبغوي ومال إليه السبكي (**إن اتحد المجلس فمهر**) فقط (**وإلا**) بأن لم يتحد (**فمهور، والله أعلم**) لانقطاع كل مجلس عن الآخر. أما إذا أحبل الأب جارية ولده بالوطء الأوّل ولم تكن مستولدة للابن فلا يتعدّد المهر بلا خلاف، لأنه إذا أحبلها تصير مستولدة له فتكرّر الوطء إنما وقع في ملكه. بل إذا أنزل قبل دخول الحشفة في الوطء الأوّل لا مهر عليه أصلاً، لأنه إنما وطئها وهي في ملكه، وإن أحبل السيد المكاتبة تخيرت بين المهر والتعجيز، وتصير حينئذ أمّ ولد، فإن اختارت المهر فوطئها مرة ثانية خيرت، فإن اختارت المهر وجب مهر آخر، وكذا سائر الوطآت، نص عليه الشافعي، حكاه في المهمات، وقال هي فائدة مهمة.

تنبيه: حيث اتحد المهر عند تعدّد الوطآت روعي أعلى أحوالها.

فَصْلٌ

الْفُـرْقَةُ قَبْـلَ وَطْءٍ مِنْهَا أَوْ بِسَبَبِهَـا كَفَسْخِهِ بِعَيْبِهَـا تُسْقِطُ المَهْـرَ، وَمَـا لاَ كَـطَلاَقٍ وَإِسْلاَمِهِ وَرِدَّتِهِ وَلِعَانِهِ وَإِرْضَاعِ أُمِّهِ أَوْ أُمِّهَا يُشَطِّرُهُ،

فَصْلٌ

فيما يسقط المهر، وما يشطره، وما يذكر معهما **(الفرقة)** في الحيـاة **(قبل وطء منهـا)** هو متعلق بالفرقة أي الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها كإسلامها بنفسها، أو بالتبعية كإسلام أحد أبويها كما جزم به الرافعي في باب المتعة أو فسخها بعيبـه، أو بعتقها تحت رقيق، أو ردّتها، أو إرضاعها زوجة له صغير **(أو)** لا من جهتها بل **(بسببها كفسخه بعيبها تسقط المهر)** المسمى ابتداء والمفروض الصحيح ومهر المثل في كل ما ذكر، لأنها إن كانت هي الفـاسخة، فهي المختارة للفرقة فكأنها أتلفت المعوّض قبل التسليم فسقط العوض، كما لو أتلفت المبيـع قبل التسليم وإن كان هوالفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة. فإن قيل: ينبغي إذا كـان إسلامهـا تبعاً لإسلام أحد أبويها أن المهر يجب عليه لإفساده نكـاح غيره، كمـا يجب على المرضعـة إذا أفسدت برضاعها النكاح. أجيب بأنه لو وجب عليه الغرم لنفر عن الإسلام بخلاف المرضعـة، وأيضاً المرضعة قد تأخذ أجرة رضاعها فينجبر ما تغرمه بخلاف المسلم.

تنبيـه: قضية إطـلاق الشيخين وغيرهمـا فسخه بعيبهـا أنـه لا فـرق بين المقـارن للعقـد والحادث وهو كذلك، وإن قيده الماوردي بالمقارن وجعل الحادث كالطلاق **(ومـالا)** أي والتي لا يكون منها ولا بسببها **(كطلاق)** وخلع ولو باختيارها كأن فوّض الطلاق إليها فـطلقت نفسها أو علقه بفعله ففعلت **(وإسلامه)** ولو تبعاً **(وردته ولعانه وإرضاع أمه)** لهـا **(أو)** إرضاع **(أمهـا)** له، وهو صغير **(يشـطره)** أي ينصف المهـر. أمـا في الـطلاق فـلآيـة: ﴿وإن طلقتمـوهنّ من قبـل أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. وأما الباقي فبالقياس عليه.

تنبيهـات: الأوّل: قولـه: كـطلاق. قـال الأذرعي: يـدخـل فيـه البـائن والـرجعي اهـ، واعترض قوله: الرجعي بـأن الكلام فيمـا قبل الـدخول. وأجيب بتصـوّر الرجعـة باستـدخالهـا المنيّ. الثـاني: في تعبيره بـالإرضاع دون الـرّضاع إشـارة إلى اعتبار الفعـل، فلو دبت زوجته الصغيرة وارتضعت أمه لم تستحق الشطر لانفساخه بفعلها. الثالث: ذكره الإمـام مثال لا قيـد، فلو أرضعت ابنته زوجة له صغيرة أو أرضعت بنت زوجة زوجاً صغيراً لها كـان الحكم كذلـك. الرّابع: سكت عما لو ارتدّا معاً، هل هو كردّتها فلا يشطره أو كردّته فيشـطره؟ وجهان: صحـح الأوّل الـرّويـاني والنشـائي والأذرعي وغيـرهم، وصحـح الثـاني المتـولي والفـارقي وابن أبي عصرون وغيرهم، وهو أوجه، وعبارة الرافعي في المتعـة: ولو ارتـدّا معاً ففي وجـوبها وجهـان

ثُمَّ قِيلَ: مَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنَّ لَهُ خِيَارَ الرُّجُوعِ، وَالصَّحِيحُ عَوْدُهُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ،

كالوجهين في التشطير، والأصح المنع. فهم الزركشي أن التصحيح راجع للمسألتين. قال شيخنا: والظاهر رجوعه للمتعة فقط، ولهذا عبر القمولي بقوله: والأصح أنها لا تجب. فإن قيل: لم جعلتم عيبها كفسخها لكونه سبب الفسخ ولم تجعلوا عيبه كفسخه. أجيب بأن الزوج بذل العوض في مقابلة منافعها، فإن كانت معيبة فالفسخ من مقتضى العقد إذ لم يسلم له حقه والزوجة لم تبذل شيئاً في مقابلة منافع الزوج والعوض الذي ملكته سليم، فكان مقتضاه أن لا فسخ لها إلا أن الشارع أثبت لها الفسخ دفعاً للضرر عنها، فإذا اختارته لزمها ردّ البدل كما لو ارتدّت وشراؤها زوجها يسقط جميع المهر. قال الكمال بن أبي شريف: لأنه دين لم يقبضه والسيد لا يثبت له على رقيقه مال. أما إذا كان عيناً أو ديناً وقبضته وأدّاه العبد من كسبه، أو أدّاه عنه السيد من ماله فإنه يرجع إلى سيده، ولو اشتراها تشطر، ولو طلقها على أن لا تشطير لغا الشرط كما لو أعتق ونفى الولاء، وخرج بقيد الحياة الفرقة بالموت لما مرّ من أن الموت مقرّر للمهر. ومن صور الموت ما لو مسخ أحدهما حجراً، فإن مسخ أحدهما حيواناً، فإن كان الزوج وكان قبل الدخول، ففي التدريب أنه يحصل الفرقة، ولا يسقط شيء من المهر، إذ لا يتصوّر عوده للزوج لانتفاء أهلية تملكه ولا للورثة لأنه حيّ فيبقى للزوجة. قال: ويحتمل تنزيل مسخه حيواناً بمنزلة الموت اهـ والأوّل أوجه، ولكن قوله: فيبقى للزوجة، الأوجه أن يكون نصفه تحت يد الحاكم حتى يموت الزوج فيعطى لوارثه أو يردّه الله كما كان فيعطى له. قال: وإن مسخت الزوجة حيواناً حصلت الفرقة من جهتها وعاد كل المهر للزوج اهـ، وهذا ظاهر. ويستثنى من إطلاقه ما لو زوّج أمته بعبده ثم أعتقها أو أحدهما ثم طلق قبل الدخول فلا تشطير، إذ لا مهر، ولا يردّ قتل الزوجة الحرّة نفسها أو الزوج نفسه؛ لأن المراد هنا ارتفاع النكاح مع بقائهما. نعم يرد عليه إذا كانت الفرقة من مالكها إذا كانت أمة فإنه يسقط المهر، وليس ذلك منهما ولا بسببها كما إذا كانت الأمة زوجة أصل أو فرع فوطئها مالكها أو رضعت المالكة أمتها المزوّجة الرّقيق (**ثم قيل: معنى التشطير أن له**) أي الزوج (**خيار الرّجوع**) في النصف إن شاء رجع فيه وتملكه، وإن شاء تركه كالشفيع؛ لأنه لا يدخل في الملك بغير اختيار سوى الإرث، وهذا الخيار على التراخي كما يقتضيه كلام الرافعي حيث جعله كخيار الواهب (**والصحيح عوده**) أي نصف الصداق المعين إلى الزوج (**بنفس الطلاق**) لظاهر الآية السابقة، هذا إن دفعه الزوج أو وليه من أب أو جدّ عنه وهو صغير أو مجنون أو سفيه وإلا فيعود إلى المؤدّي وإن كان ظاهر المتن أنه يعود للزوج مطلقاً. وقال الأذرعي: إنه الذي أورده أكثر العراقيين، وغير الطلاق من الصور السابقة كالطلاق. ويستثنى من إطلاق المصنف ما إذا سلم العبد الصداق من كسبه أو أدّاه السيد من ماله ثم طلق قبل الدخول، فإن النصف يعود إلى السيد، ولو باعه أو أعتقه ثم طلق فالعائد للمشتري في الأولى، وللعتيق في الثانية. أما إذا كان الصداق ديناً فعلى الصحيح يسقط نصفه بالطلاق، وعلى مقابله بالاختيار، ولو أدّى الدين والمؤدّى باق تعين حقه في

فَلَوْ زادَ بَعْدَهُ فَلَهُ، وَإِنْ طَلَّقَ وَالمَهْرُ تَالِفٌ فَنِصْفُ بَدَلِهِ مِنْ مِثْلٍ أَوْ قِيمَةٍ، وإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهَا، فَإِنْ قَنِعَ بِهِ وَإِلاَّ فَنِصْفُ قِيمَتِهِ سَلِيماً، وَإِنْ تَعَيَّبَ قَبْلَ قَبْضِهَا فَلَهُ نِصْفُهُ نَاقِصاً بِلاَ خِيَارٍ، فَإِنْ عَابَ بِجِنَايَةٍ وَأَخَذَتْ أَرْشَهَا فَالأَصَحُّ أَنَّ لَهُ نِصْفَ الأَرْشِ وَلَهَا زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ،

نصفه، هذا كله إذا لم يحصل في الصداق نقص ولا زيادة **(فلو زاد بعده)** أي الطلاق أو ما ذكر معه **(فله)** أي الزوج كل الزيادة إذا عاد إليه كل الصداق أو نصفها إذا عاد إليه النصف لحدوثها في ملكه، سواء أكانت متصلة أم منفصلة، فإن نقص بعد الفراق ولو بلا عدوان وكان بعد قبضه فله كل الأرش أو نصفه، فإن ادّعت حدوث النقص قبل الطلاق صدّقت بيمينها، ثم ما ذكره المصنف فيما إذا تغير الصداق بعد الطلاق، وأشار إلى تغييره قبله بقوله **(وإن)** فارق لا بسببها كأن **(طلق والمهر تالف)** بعد قبضه **(فنصف بدله)** له **(من مثل)** في المثليّ **(أو قيمة)** في المتقوّم؛ لأنه لو كان باقياً لأخذ نصفه، فإذا فات رجع بنصف بدله كما في الردّ بالعيب.

تنبيه: التعبير بنصف القيمة. قال الإمام: فيه تساهل، وإنما هو قيمة النصف، وهي أقلّ من ذلك، ومال إليه ابن الرّفعة والسبكي وغيرهما، وقد نبه الأذرعي على أن الشافعي والجمهور قد عبروا بكل من العبارتين، وهذا منهم يدلّ على أن مؤدّاهما عندهم واحد بأن يراد بنصف القيمة نصف قيمة كل من النصفين منفرداً لا منضماً إلى الآخر فيرجع بقيمة النصف، أو بأن يراد بقيمة النصف قيمته منضماً لا منفرداً فيرجع بنصف القيمة، وهو ما صوّبه في الرّوضة هنا رعاية للزوج كما روعيت الزوجة في ثبوت الخيار لها فيما يأتي، وإن كان المهر باقياً بحاله فليس لها إبداله وإن أدّاه عما في ذمته إلا برضاه **(وإن تعيب في يدها)** قبل الفراق **(فإن قنع)** الزوج **(به)** أي النصف معيباً، فلا أرش له كما لو تعيب المبيع في يد البائع **(وإلا)** بأن لم يقنع به، فإن كان متقوّماً **(فنصف قيمته سليماً)** وإن كان مثلياً فمثل نصفه لأنه لا يلزمه الرضا بالمعيب فله العدول إلى بدله **(وإن تعيب)** بآفة سماوية **(قبل قبضها)** له وقنعت به **(فله نصفه ناقصاً بلا)** أرش ولا **(خيار)** لأنه حالة نقصه كان من ضمانه **(فإن عاب)** بأن صار ذا عيب **(بجناية)** من أجنبيّ تضمن جنايته **(وأخذت أرشها)** أو عفت عن أخذه قياساً على ما قالوه في هبة الصداق **(فالأصحّ أن له نصف الأرش)** مع نصف العين لأنه بدل الفائت. والثاني: لا شيء له من الأرش كالزيادة المنفصلة، فإن كانت الجناية من الزوج أو منها أو من أجنبيّ لا يضمن، فلا يخفي حكمه مما سبق أوّل كتاب الصداق في إتلاف جميعه.

تنبيه: لو تلف البعض في يدها كأحد الثوبين أخذت نصف الموجود ونصف بدل المفقود **(ولها زيادة منفصلة)** حدثت بعد الإطلاق كثمرة وولد وأجرة لأنها حدثت في ملكها، والطلاق إنما يقطع ملكها من حين وجوده لا من أصله، وسواء أحدثت في يده أم يدها، ويختصّ

وَلَهَا خِيَارٌ في مُتَّصِلَةٍ، فَإِنْ شَحَّتْ فَنِصْفُ قِيمَةٍ بِلاَ زِيَادَةٍ، وَإِنْ سَمَحَتْ لَزِمَهُ الْقَبُولُ، وَإِنْ زَادَ وَنَقَصَ كَكِبَرِ عَبْدٍ وطُولِ نَخْلَةٍ وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ مَعَ بَرَصٍ، فَإِنِ اتَّفَقَا بِنِصْفِ الْعَيْنِ، وَإِلاَّ فَنِصْفُ قِيمَةٍ، وَزِرَاعَةُ الأَرْضِ نَقْصٌ،

الرّجوع بنصف الأصل. نعم إن كانت الزيادة ولد أمة لم يميز فليس له ذلك وإن رضيت الزوجة، بل يرجع بقيمة نصف الأمة لحرمة التفريق، فإن كان مميزاً أخذ نصفها، فإن نقصت قيمتها بالولادة في يدها فله الخيار، أو في يده أخذ نصفها ناقصاً، فإن كان الولد حملاً عند الإصداق رجع في نصفه إن رضيت مع نصف الأمّ، وإلاّ فقيمة نصفه يوم الانفصال مع قيمة نصفها (**ولها خيار في**) زيادة (**متصلة**) كسمن وتعلم حرفة، وليس خيارها فوراً، بل إن طلبه الزوج كلفت فوراً اختيار أحد الأمرين، وهو ما ذكره بقوله (**فإن شحت**) فيها (**فنصف قيمة**) للمهر بأن يقوّم بغير زيادة، ويعطي الزوج نصفه (**بلا زيادة**) عليه؛ لأن الزيادة غير مفروضة، ولا يمكن الرّدّ دونها، فجعل المفروض كالهالك (**وإن سمحت**) بها (**لزمه القبول**) للزيادة، وليس له طلب بدل النصف؛ لأن حقه مع زيادة لا تتميز ولا تفرد بالتصرّف، بل هي تابعة، فلا تعظم فيها المنة.

تنبيه: الزيادة المتصلة لا أثر لها في سائر الأبواب إلا هنا، وفرّقوا بفروق. منها أن الزوج متهم بالطلاق بخلاف غيره. ومنها، وهو الذي عوّل عليه الأكثرون: أن هذا العود ابتداء تملك لا فسخ، بخلاف العود في غير الصداق فإنه فسخ، وهو يرفع العقد من أصله أو حينه، فإن رفع من أصله فكأن لا عقد، أو من حينه فالفسخ شبيه بالعقد، والزيادة تتبع الأصل في العقد، فكذا في الفسخ، ولكون العود هنا ابتداء تمليك لا فسخاً لو أمهر العبد من كسبه ثم عتق ثم طلق عاد الشطر إليه، لا إلى السيد، ولو كان على سبيل الفسخ لعاد إلى الذي خرج عن ملكه، وقضية هذا الفرق: أنهما لو تقايلا في الصداق أو ردّ بعيب أنه يرجع إلى الزوج بزيادته، وإطلاقهم ينافيه (**وإن زاد**) المهر (**ونقص**) إما بسبب واحد (**ككبر عبد**) بحيث تنقص قيمته (**وطول نخلة**) بحيث يؤدّي إلى هرمها وقلة ثمرها، فالنقص في العبد من حيث القيمة؛ لأن الصغير يدخل على النساء ولا يعرف الغوائل ويقبل التأديب والرياضة والزيادة فيه بأنه أقوى على الشدائد والأسفار وأحفظ لما يستحفظ، والنقص في النخلة من حيث إن ثمرتها تقل، فإن لم تقلّ فطولها زيادة محضة، والزيادة فيها بكثرة الحطب (**و**) إما بسببين نحو (**تعلم صنعة**) مقصودة في العبد (**مع**) عيب نحو (**برص**) وعور (**فإن اتفقا**) أي الزوجان على الرجوع (**بنصف العين**) فذاك لأن الحق لا يعدوهما (**وإلا فنصف قيمة**) للعين خالية عن الزيادة والنقص؛ لأنه العدل ولا تجبر هي على دفع نصف العين للزيادة ولا هو على قبوله للنقص (**وزراعة الأرض نقص**) محض لأنها تستوفي قوّة الأرض غالباً، فإن اتفقا على ردّ نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد فذاك، قاله الإمام وعليه إبقاؤه بلا أجرة؛ لأنها زرعت ملكها الخالص وإن لم يتفقا رجع بنصف قيمة

وَحَرْثُهَا زِيَادَةٌ، وَحَمْلُ أَمَةٍ وَبَهِيمَةٍ زِيَادَةٌ وَنَقْصٌ. وَقِيلَ: الْبَهِيمَةُ زِيَادَةٌ، وَإِطْلَاعُ نَخْلٍ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ، وَإِنْ طَلَّقَ وَعَلَيْهِ ثَمَرٌ مُؤَبَّرٌ لَمْ يَلْزَمْهَا قَطْفُهُ، فَإِنْ قَطَفَتْ تَعَيَّنَ نِصْفُ النَّخْلِ، وَلَوْ رَضِيَ بِنِصْفِ النَّخْلِ وَتَبْقِيَةِ الثَّمَرِ إِلَى جَدَادِهِ أُجْبِرَتْ فِي الأَصَحِّ، وَيَصِيرُ النَّخْلُ فِي يَدِهِمَا،

الأرض بلا زراعة (**وحرثها**) إذا كانت معدّة للزراعة كما صرّح به في المحرّر (**زيادة**) لأنه هيأها للزرع المعدّة له، أما المعدّة للبناء فحرثها نقص لأنها يشعثها، فإن رضي الزوج بالناقصة أجبرت على تسليمها له لأنها دون حقه. فإن قيل: لم أطلق المصنف ذلك مع أن التقييد في المحرر. أجيب بأنه إنما أطلق لقرينة تقدّم الزرع فأشعر بأن الكلام في أرض للزراعة (**وحمل أمة وبهيمة زيادة**) لتوقع الولد (**ونقص**) للضعف حالاً وخوف الموت مآلاً ولرداءة لحم البهيمة المأكولة، ولهذا رجح المصنف أنها لا تجزىء في أضحية (**وقيل البهيمة**) أي حملها (**زيادة**) محضة لانتفاء خطر الولادة فيها غالباً بخلاف الإماء.

تنبيه: لو أصدقها حائلاً فحملت في يده وولدت في يدها ونقصت قيمتها بالولادة، فهل النقص من ضمانه ولها الخيار؛ لأن السبب وجد في يده أو من ضمانها وله الخيار؛ لأن النقص حصل عندها؟ وجهان. قال الرافعي: لا يخفى نظائرها أي كقتل المبيع بردّة سابقة على قبضه، وقضيته أنه من ضمانه (**واطلاع نخل**) أي لم يؤبر بعد الإصداق (**زيادة متصلة**) أي كالمتصلة فتمنع الزوج من الرجوع القهرى لحدوثه في ملكها، فإن رضيت الزوجة بأخذ الزوج نصف النخل مع الطلع أجبر عليه كالسمن في البهيمة بخلاف الثمرة المؤبرة كما سيأتي (**وإن طلق وعليه**) أي النخل المصدق (**ثمر**) حدث طلعه بعد الإصداق (**مؤبر**) بأن تشقق طلعه (**لم يلزمها قطفه**) أي قطعه ليرجع الزوج في نصف النخل؛ لأنه حدث في ملكها فتستحق إبقاءه إلى الجداد، ولو طلق بعد وقت جداد الثمرة لزمها قطعه ليأخذ نصف الشجر، وكذا لو جرت العادة بقطعه أخضر كالحصرم كما يفهمه إطلاقهم. قال الأذرعي: وفيه احتمال ظاهر (**فإن قطفت**) أو قالت له: ارجع وأنا أقطعه عن النخل (**تعين نصف النخل**) إن لم يحصل نقص بقطعه ككسر غصن ولم يمتدّ زمن قطعه لزوال المانع (**ولو رضي**) الزوج (**بنصف النخل وتبقية الثمر إلى جداده أجبرت في الأصح، ويصير النخل**) بعد إجبارها (**في يدهما**) كسائر الأملاك المشتركة، إذ لا ضرر عليها في ذلك. والثاني: لا تجبر، ورجحه جمع، وقال الأذرعي: إنه الأصح أو الصحيح لأنه قد يمنعها السقي إن أرادته لتنمية الثمرة عند إضراره بالشجر.

تنبيه: مراد المصنف ما إذا قبض النصف شائعاً بحيث برئت من ضمانه، فلو قال: أنا أرضى بنصف النخل وأؤخر الرجوع إلى بعد الجداد فلها الامتناع، وإن أبرأها عن الضمان، بأن قال أرجع ويكون نصيبي وديعة عندك، وقد أبرأتك من ضمان لأن نصيبه يكون مضموناً

وَلَـوْ رَضِيَتْ بِهِ فَلَهُ الِامْتِنَـاعُ وَالْقِيمَةُ، وَمَتَى ثَبَتَ خِيَـارٌ لَهُ أَوْ لَهَـا لَمْ يَمْلِكْ نِصْفَهُ حَتَّى يَخْتَـارَ ذُو الِاخْتِيَارِ، وَمَتَى رَجَـعَ بِقِيْمَةٍ اعْتُبِرَ الْأَقَلُّ مِنْ يَوْمَيِ الْإِصْدَاقِ وَالْقَبْضِ،

عليها، ولا عبرة بالإبراء المذكور؛ لأن الإبراء من ضمان العين مع بقائها باطل **(ولو رضيت به)** أي بما ذكر من أخذ الزوج نصف النخل وتبقية الثمر إلى جداده **(فله الامتناع)** منه ولا يجبر عليه **(و)** له **(القيمة)** أي طلبها؛ لأن حقه يثبت معجلاً فلا يؤخر إلا برضاه، والتأخير بالتراضي جائز؛ لأن الحق لهما ولا يلزم فلو بدا لأحدهما الرجوع عما رضي به جاز؛ لأن ذلك وعد لا يلزم، ولو وهبته نصف الثمار ليشتركا في الشجر والثمر هل يجبر على القبول أو لا؟ وجهان. قال في أصل الروضة: أصحهما الأوّل.

فرع: لو أصدقها نخلة مع ثمرتها ثم طلقها قبل الدخول ولم يزد الصداق رجع في نصف الجميع، وإن قطعت الثمرة لأن الجميع صداق، ويرجع أيضاً في نصف الكل من أصدق نخلة مطلعة وطلق وهي مطلعة، فإن أبرت ثم طلق رجع في نصف الشجرة، وكذا في نصف الثمرة إن رضيت؛ لأنها قد زادت، وإلا أخذ نصف الشجرة مع نصف قيمة الطلع.

تنبيه: تناثر نور الشجر وظهور ما يبرز بلا نور كالتأبير **(ومتى تثبت خيار له)** بسبب نقص الصداق **(أولها)** بسبب زيادته، أولهما باجتماع الأمرين **(لم يملك نصفه حتى يختار ذو)** أي صاحب **(الاختيار)** إن كان لأحدهما وإن كان لهما اعتبر توافقهما.

تنبيه: قد سبق أن هذا الاختيار ليس على الفور، لكن إذا طلبه الزوج كلفت الزوجة اختيار أحدهما، ولا يعين الزوج في طلبه عيناً ولا قيمة؛ لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها بل يطالبها بحقه عندها. فإن امتنعت من الاختيار لم تحبس ونزعت منها العين، فإن أصرت بيع منها بقدر الواجب، فإن تعذر بيع الجميع وتعطي الزائد، وإن استوى نصف العين ونصف القيمة أعطي نصف العين، ومتى استحق الرجوع في العين استقلّ به **(ومتى رجع بقيمة)** المهر في المتقوّم لهلاك الصداق أو غيره **(اعتبر الأقل من)** قيمة المهر **(يومي الإصداق والقبض)** لأن قيمته يوم الإصداق إن كانت أقل، فالزيادة بعد ذلك حدثت في ملكها لا تعلق للزوج بها فلا تضمنها، وإن كانت قيمة يوم القبض أقلّ فما نقص قبل ذلك فهو من ضمانه فلا رجوع به عليها.

تنبيه: قضية كلام المتن كالروضة عدم اعتبار الحالة المتوسطة، وقياس ما مرّ في البيع والثمن اعتبار الأقلّ بين اليومين أيضاً وهو المعتمد كما يؤخذ من التعليل ومن تعبير التنبيه وغيره بالأقل من يوم العقد إلى يوم القبض ونقل عن النص أن الواجب قيمة يوم القبض، وزعم الإسنوي أنه المفتي به، وأجاب غيره بأن النص مفروض في الزيادة والنقص الحاصلين بين القبض والتلف، والكلام هنا مفروض في الحاصل من ذلك بين الإصداق والقبض ويستثنى من

وَلَوْ أَصْدَقَ تَعْلِيمَ قُرْآنٍ وَطَلَّقَ قَبْلَهُ، فَالأَصَحُّ تَعَذُّرُ تَعْلِيمِهِ،

إطلاق المصنف ما لو تلف الصداق بعد الطلاق في يدها فإنها تضمنه بقيمة يوم التلف؛ لأن ملكه تلف تحت يد ضامنة كالبيع التالف تحت يد المشتري بعد الفسخ.

فروع: لو أصدقها حلياً فكسرته أو انكسر وأعادته كما كان ثم فارق قبل الدخول لم يرجع فيه إلا برضاها لزيادته بالصنعة عندها، وكذا لو أصدقها نحو جارية هزلت ثم سمنت عندها كعبد نسي صنعة ثم تعلمها عندها بخلاف ما لو أصدقها عبداً فعمي عندها، ثم أبصر فإنه يرجع بغير رضاها كما لو تعيب بغير ذلك في يدها ثم زال العيب ثم فارقها، فإن لم ترض الزوجة برجوع الزوج في الحلي المعاد رجع بنصف وزنه تبراً ونصف قيمة صنعته، وهي أجرة مثلها من نقد البلد، وإن كان من جنسه كما في الغصب فيما لو أتلف حلياً، وهذا ما جرى عليه ابن المقري وهو المعتمد، وإن فرّق بعض المتأخرين بين هذا الباب وبين باب الغصب بأن هناك أتلف ملك غيره فكلفناه ردّ مثله مع الأجرة، والمرأة إنما كسرت ملك نفسها فتدفع نصف قيمة الحليّ بهيئته التي كانت من نقد البلد، وإن كان من جنسه ولو أصدقها إناء ذهب أو فضة فكسرته وأعادته أو لم تعده لم يرجع مع نصفه بالأجرة، إذ لا أجرة لصنعته، ولو نسيت المغصوبة الغناء عند الغاصب لم يضمنه لأنه محرّم، وإن صح شرائها بزيادة للغناء على قيمتها بلا غناء، وهو محمول على غناء يخاف منه الفتنة (و) اعلم أن كل عمل يستأجر عليه كتعليم قرآن وخياطة وخدمة وبناء يجوز جعله صداقاً كما يجوز جعله ثمناً فعلى هذا **(لو أصدق)** ها **(تعليم قرآن)** لها بنفسه وفي تعليمه كلفة لا كثم نظر أو تعليم حديث أو خط أو شعر أو نحوه مما يصح الاستئجار على تعليمه **(وطلق)** أو فارق بغير طلاق كردّته وحده **(قبله)** أي التعليم بعد دخول أو قبله **(فالأصح تعذر تعليمه)** لأنها صارت محرمة عليه، ولا يجوز اختلاؤه بها. والثاني: لا يتعذر بل يعلمها من وراء حجاب في غير خلوة إن أمكن، وأجاب الأوّل بأنا لا نأمن الوقوع في التهمة والخلوة المحرمة لو جوّزنا ذلك. قال الرافعي: وليس سماع الحديث كذلك، فإنا لو لم نجوّزه لضاع وللتعليم بدل يرجع إليه. اهـ. فإن قيل: الأجنبية يباح النظر إليها للتعليم وهذه صارت أجنبية، فهلا جاز تعلميها. أجيب بأن كلاً من الزوجين قد تعلقت آماله بالآخر، وحصل بينهما نوع ودّ فقويت التهمة فامتنع التعليم لقرب الفتنة بخلاف الأجنبي، فإن قوّة الوحشة بينهما اقتضت جواز التعليم، وقيل: المراد بالتعليم الذي يجوز النظر له هو التعليم الواجب كقراءة الفاتحة فما هنا محله في غير الواجب، ورجح هذا السبكي، وقيل: التعليم الذي يجوز النظر له خاص بالأمرد بخلاف الأجنبية، ورجحه الشارح والمعتمد الأوّل.

تنبيه: أفهم تعليلهم السابق أنها لو لم تحرم الخلوة بها كأن كانت صغيرة لا تشتهى أو صارت محرماً له برضاع أو نكحها ثانياً لم يتعذر التعليم وهو كذلك كما جزم به البلقيني، وبما تقرّر علم أن المراد بالتعذر ما يشمل التعسر وإلا فالتعليم من وراء حجاب بحضرة من تزول معه

وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ بَعْدَ وَطْءٍ، وَنِصْفُهُ قَبْلَهُ، وَلَوْ طَلَّقَ وَقَدْ زَالَ مِلْكُهَا عَنْهُ فَنِصْفُ بَدَلِهِ،

الخلوة ممكن، وعلى هذا لو تيسر في هذه الحالة التعليم في مجلس كسورة قصيرة، فالظاهر أنه لا تعذر كما في النهاية وصوّبه السبكي، وإن كان ظاهر كلام الجمهور بقاء التعذر، أما ما لا كلفة فيه كتعليم لحظة أو كلمة كثم نظر فإنه لا يصح كما في نظيره في الإجارة، وخرج بتعليمها بنفسه ما لو أصدقها التعليم في ذمته وفارق قبله فلا يتعذر التعليم بل يستأجر محرماً أو امرأة أو نحوهما يعلمها الكل إن فارق بعد الوطء، والنصف إن فارق قبله، ولو لم يحسن الزوج التعليم لما شرط تعليمه لم يصح إصداقه إلا في الذمة، فإن شرط أن يتعلم ثم يعلمها لم يصح؛ لأن العمل متعلق بعينه والأعيان لا تؤجل، ولو أرادت تعليم غيرها لم يلزم الزوج الإجابة لاختلاف الناس في الحفظ والفهم.

فروع: لو أصدق زوجته الكتابية تعليم قرآن صح إن توقع إسلامها، وإلا فلا كتعليم التوراة والإنجيل لها أو لمسلمة فإنه لا يصح، إذ لا يجوز الاشتغال بهما لتبديلهما، ولو أصدقها التوراة أو الإنجيل وهما كافران فأسلما أو ترافعا إلينا بعد التعليم فلا شيء لها سواه، أو قبله وجب لها مهر مثل، ولو أصدق زوجته تعليم فقه أو شعر أو نحوه مما ليس بمحرّم أو أصدقها ردّ عبدها من موضع معلوم صح، ولو أصدقها تعليم عبدها أو ولدها أو ختانه صح إن وجب عليها لوجوب ذلك عليها وإلا فلا، ولو أصدقها تعليم الفاتحة صح، وإن تعين عليه التعليم، ولو أصدق الكتابية تعليم الشهادتين أو هي أو غيرها أداء شهادة لم يصح، فإن كان في تعليمها كلفة أو محل القاضي المؤدي عنده الشهادة بعيداً يحتاج فيه إلى ركوب، فالظاهر الصحة كما قاله الأذرعي **(ويجب)** على الأصح عند تعذر التعليم **(مهر مثل)** على الزوج إن طلق **(بعد وطء ونصفه)** إن طلق **(قبله)** أي الوطء جرياً على القاعدة، ولو علمها ثم طلقها، فإن كان بعد الدخول فقد استوفت حقها ولا رجوع، وإن كان قبل الدخول رجع إلى نصف أجرة مثل التعليم.

تنبيه: لو أصدقها تعليم سورة من القرآن أو جزء منه اشترط تعيين المصدق وعلم الزوج والوليّ بالمشروط تعليمه فإن لم يعلما أو أحدهما وكلا أو أحدهما من يعلمه، ولا يكفي التقدير بالإشارة إلى المكتوب في أوراق المصحف، ولا يشترط تعيين الحرف الذي يعلمه لها كقراءة نافع فيعلمها ما شاء كما في الإجارة، ونقل عن البصريين أنه يعلمها ما غلب على قراءة أهل البلد وهو كما قال الأذرعي حسن، وإن لم يكن فيها أغلب علمها ما شاء، فإن عين الزوج والوليّ حرفاً تعين فإن خالف وعلمها حرفاً غيره فمتطوّع به فيلزمه تعليم الحرف المعين عملاً بالشرط، ولو أصدقها تعليم قرآن أو غيره شهراً صح لا تعليم سورة في شهر كما في الإجارة **(ولو طلق)** قبل وطء وبعد قبض الصداق **(وقد زال ملكها عنه)** ببيع أو غيره كهبة مقبوضة **(فنصف بدله)** من مثل أو قيمة. فإن قيل: هلا كان له نقض تصرّفها كالشفيع. أجيب بأن حق

فَـإِنْ كَانَ زَالَ وَعَـادَ تَعَلَّقَ بِـالْعَيْنِ فِي الأَصَـحِّ، وَلَـوْ وَهَبَتْـهُ لَـهُ ثُمَّ طَلَّـقَ فَالأَظْهَرُ أَنَّ لَهُ

الشفيع كان موجوداً حين تصرّف المشتري، فلذلك تسلط على نقضه والزوج لا حق له عند التصرّف، وإنما حدث حقه بالطلاق بل حقه أضعف من حق الوالد في الرجوع؛ لأن استحقاق الوالد الرجوع موجود عند تصرّف الولد، فإذا امتنع الرجوع بعد زوال ملك الولد فتعذره بزوال ملك الزوجة أولى.

تنبيه: أفهم كلامه أنه لو لم يزل ملكها عنه أن الحكم بخلافه وهو كذلك إن لم يحصل فيه زيادة ونحوها مما يمنع الرجوع قهراً ولم يتعلق به حق لازم للغير كرهن مقبوض فيمنع الرجوع فيه، والبيع بشرط الخيار إن كان للمشتري وحده رجع الزوج إلى نصف البدل لانتقال الملك بذلك وإلا فله نصف العين، وأما الإجارة أو التزويج منها للصداق فعيب ينقص القيمة بذلك فيتخير الزوج بين رجوعه بنصف القيمة ورجوعه بنصف الصداق مسلوب المنفعة مدّة الإجارة فإن صبر الزوج في صورة الرهن والإجارة والتزويج، بأن قال مع اختيار رجوعه بإذن المرتهن في صورته: أنا أصبر إلى انفكاك الرهن وانقضاء مدّة الإجارة وزوال الزوجية فلها الامتناع لما عليها من خطر الضمان حتى يقبض هو المرهون والمستأجر والمزوّج وتسلم العين المصدقة للمستحق لها لتبرأ الزوجة من الضمان فليس لها حينئذ الامتناع لانتفاء العلة ولو وصت بعتق العبد المصدق رجع الزوج فيه؛ لأن الوصية ليست بحق لازم، ولو دبرته أو علقت عتقه بصفة رجع إن كانت معسرة لما ذكر ويبقى النصف الآخر مدبراً أو معلقاً عتقه بصفة، لا إن كانت موسرة؛ لأنه قد ثبت له مع قدرة الزوجة على الوفاء حق الحرية، والرجوع يفوّته بالكلية وعدم الرجوع فيه لا يفوّت حق الزوج بالكلية. فإن قيل التدبير لا يمنع فسخ البائع، ولا رجوع الأصل الواهب في هبته لفرعه، فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن الثمن عوض محض ومنع الرجوع في الواهب يفوّت الحق بالكلية بخلاف الصداق فيهما.

فرع: لو طلقها قبل الدخول وهو محرم والصداق صيد عاد إليه نصفه؛ لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك فأشبه الإرث وامتنع عليه إرساله للشركة، بخلاف ما لو ارتدت قبل الدخول فإن الصيد يرجع إلى ملكه ويلزمه إرساله؛ لأن المحرم ممنوع من إمساك الصيد (**فإن كان**) المهر (**زال**) عن ملكها (**وعاد**) إلى ملكها ثم طلقها قبل الدخول (**تعلق**) حق الزوج (**بالعين**) العائدة (**في الأصح**) لأنه لا بدّ له من بدل فعين ماله أولى. والثاني: لا؛ لأن الملك في العين مستفاد من جهة غير الصداق، وهذا الخلاف من فروع قاعدة الزائل العائد هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد وله نظائر كثيرة مختلفة الترجيح، منها لو زال ملك الولد عما وهبه له أصله ثم عاد لم يرجع الأصل في الأصح، وفرق بأن حقّ الأصل انقطع بزوال ملك الولد فلم يعد وحق الزوج لم ينقطع بدليل رجوعه في البدل فعاد بالرجوع (**ولو وهبته له**) بلفظ الهبة بعد قبضها له والمهر عين (**ثم طلق**) أو فارق بغير طلاق كردّة قبل الدخول (**فالأظهر أن له**

نِصْفَ بَدَلِـهِ، وَعَلَى هٰذَا لَـوْ وَهَبَتْهُ النِّصْفَ فَلَهُ نِصْفُ الْبَـاقِي وَرُبُعُ بَـدَلِ كُلِّهِ، وَفِي قَوْلٍ النِّصْفُ الْبَاقِي، وَفِي قَوْلٍ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ بَـدَلِ نِصْفِ كُلِّهِ أَوْ نِصْفِ الْبَاقِي وَرُبُعِ بَدَلِ كُلِّهِ، وَلَوْ كَانَ دَيْناً فَأَبْرَأَتْهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا على الْمَذْهَبِ وَلَيْسَ لِوَلِيٍّ عَفْوٌ عَنْ صَدَاقٍ عَلَى الجَدِيدِ.

نصف بدله) من مثل أو قيمة؛ لأنه ملك المهر قبـل الطلاق من غيـر جهة الـطلاق. والثاني: لا شيء له، لأنها عجلت له ما يستحق بالطلاق فأشبه تعجيل الدين قبل الدخول ومنع الأوّل كـونه تعجيلاً لحقه، فإنها لو صرّحت بالتعجيل لم يصح، وخرج بمـا ذكر مـا لو لـم تهبه بلفظ الهبة، بل باعته له محاباة فإنه يرجع بنصفه قطعاً، وإن كانت المحاباة في معنى الهبة، وما لـو وهبه لـه قبل قبضه فإن الهبة باطلة على المذهب وإن كان في كلام الشارح ما يوهم خلافه، وسيأتي هبة الدين.

تنبيه: لو قال بدل نصفه كما عبر به بعد كان أولى **(وعلى هذا)** الأظهر **(لو وهبته النصف)** من المهر **(فله نصف الباقي)** وهو الربع **(وربع بـدل كله)** لأن الهبة وردت على مـطلق النصف فيشيع الراجع فيما أخرجته وما أبقته وهذا يسمى قول الإشاعة، وكـان الأولى أن يقول بـدل ربع كله كما مرّ **(وفي قول)** له **(النصف البـاقي)** لأنه بـالنصف استحق النصف بالـطلاق وقد وجـده فيأخذه وتنحصر هبتها في نصيبها، وهذا يسمى قول الحصر، فرجوع الزوج بالنصف لا خـلاف فيه، بل الخـلاف في كيفية الـرجوع بـه **(وفي قول يتخيـر بين بدل نصف كله أو نصف البـاقي وربع بدل كله)** لأن في الرجوع بنصف الباقي وبدل نصف الآخر تبعيضاً للتشـطير على الـزوج فخير.

تنبيـه: كان الأولى أن يقـول كالمحـرر والروضـة: نصف بدل: كله، وكـان **الأولى أيضاً** إسقـاط ألف أو، لأن بين إنما تكـون بين شيئين، ولكن إثباتهـا يقع كمـا قال بعضهم في كـلام الفقهاء لا عن قصد **(ولو كان)** المهر **(ديناً)** لها على زوجها **(فأبرأته)** منه ثم طلقها قبل الـدخول **(لم يرجع عليهـا)** بشيء **(على المذهب)** لأنهـا لم تأخـذ منه مـالاً ولم تتحصل منـه على شيء بخـلافها في هبـة العين. والطريق الثـاني طـرد قـولي الهبـة، ولـو قبضت الـدين ثم وهبتـه لـه فالمذهب أنه كهبة العين **(وليس لوليّ عفو عن صـداق)** لموليتـه **(على الجديـد)** كسائـر ديونهـا والقديم له ذلك بناء على أنه الذي بيده عقدة النكـاح، وحمله الجديـد على الزوج لتمكنـه من رفعه بالفرقة فيعفو عن حقه ليسلم لها كل المهر إذ لم يبق للوليّ بعد العقد عقدة.

تنبيه: للقديم شروط: وهي أن يكون الوليّ أباً أو جدّاً لمكان شفقتهمـا. وأن يكون قبـل الدخول. وأن تكون بكراً صغيـرة عاقلة. وأن يكـون بعد الـطلاق. وأن يكون الصـداق ديناً في ذمة الزوج لم يقبض.

تتمة: لو خالعها قبل الدخول على غير الصداق استحقه وله نصف الصداق، وإن خالعها

فَصْلٌ

لِمُطَلَّقَةٍ قَبْلَ وَطْءٍ مُتْعَةٌ إنْ لَمْ يَجِبْ شَطْرُ مَهْرٍ وَكَذَا لِمَوْطُوءَةٍ في الأَظْهَرِ،

على الصداق كله صح في نصيبها دون نصيبه، ويثبت له الخيار إن جهل التشطير، فإذا فسخ عوض الخلع رجع عليها بمهر المثل، وإلا فنصف الصداق، وإن خالعها على النصف الباقي لها بعد الفرقة صار كل الصداق له نصفه بعوض الخلع ونصفه بالتشطير، وإن أطلق النصف بأن لم يقيده بالباقي لها بعد الفرقة صار كل الصداق له نصفه بعوض الخلع ونصفه بالتشطير، وإن أطلق النصف بأن لم يقيده بالباقي ولا بغيره وقع العوض مشتركاً بينهما، فلها عليه ربع المسمى، وله عليها ثلاثة أرباعه بحكم التشطير وعوض الخلع ونصف مهر المثل بحكم ما فسد من الخلع، وإن خالعها على أن لا تبعة له عليها في المهر صحّ وجعلناه على ما يبقى لها منه.

فَصْلٌ

في أحكام المتعة، وهي بضم الميم وحكي كسرها مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به، والمراد بها مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط تأتي، ويستوي فيها الحرّ وغيره، والمسلم والذمي والحرّة وغيرها والمسلمة والذمية كما شمل ذلك قوله: يجب **(لمطلقة قبل وطء متعة)** على الجديد **(إن لم يجب)** لها **(شطر مهر)** بأن كانت مفوّضة ولم يفرض لها شيء وادّعى الإمام فيه الإجماع لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] الآية، ولأن المفوّضة لم يحصل لها شيء فتجب لها متعة للإيحاش، بخلاف من وجب لها الشطر. أما إذا فرض لها في التفويض شيء فلا متعة لها؛ لأنه لم يستوف منفعة بضعها فيكفي شطر مهرها لما لحقها من الاستيحاش والابتذال، وعن القديم أنها مستحبة لقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ولو كانت واجبة لم يختص بها المحسنون دون غيرهم.

تنبيه: كان الأولى أن يقول لمطلقة ونحوها ليشمل الملاعنة، ويستثنى من كلامه ما لو زوّج أمته بعبده فلا شطر ولا متعة **(وكذا)** يجب **(لموطوءة)** متعة **(في الأظهر)** الجديد سواء أفوّض طلاقها إليها فطلقت أو علقه بفعلها ففعلت لعموم قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١] وخصوص قوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] وفي هذه الآية تقديم وتأخير أي فتعالين أسرحكنّ وأمتعكنّ وكلهنّ مدخولات بهنّ، أو يقال: إن الواو لا تقتضي الترتيب. والثاني وهو القديم: لا متعة لها لاستحقاقها المهر وفيه غنية عن المتعة، ولأنها إذا لم تستحقها مع الشطر فمع الكل أولى. وأجاب الأوّل بأن جميع المهر وجب في مقابلة استيفاء منفعة البضع فخلا الطلاق عن الجبر، بخلاف من وجب لها النصف فإن بضعها سلم لها فكان الشطر جابراً للإيحاش.

وَفُرْقَةٌ لَا بِسَبَبِهَا كَطَلَاقٍ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا تَنْقُصَ عَنْ ثَلَاثِينَ دِرْهَماً، فَإِنْ تَنَازَعَا قَدَّرَهُ الْقَاضِي بِنَظَرِهِ مُعْتَبِراً حَالَهُمَا، وَقِيلَ حَالَهُ، وَقِيلَ حَالَهَا، وَقِيلَ أَقَلَّ مَالٍ.

فائدة: في فتاوى المصنف أن وجوب المتعة مما يغفل النساء عن العلم بها فينبغي تعريفهنّ وإشاعة حكمها ليعرفن ذلك **(وفرقة لا بسببها)** بأن كانت من الزوج كردّته ولعانه وإسلامه، أو من أجنبي كإرضاع أم الزوج أو بنت زوجته ووطء أبيه أو ابنه لها بشبهة حكمها **(كطلاق)** في إيجاب المتعة وعدمه أي إذا لم يسقط بها الشطر كما اقتضاه كلام المصنف. وقال الزركشي: إنه لا بدّ منه. فإن قيل: كيف يتصوّر وجوب المتعة للزوجة الصغيرة في مسألة الإرضاع وقد تقرّر أن المتعة مختصة بالتفويض أو الدخول وكلاهما مستحيل فيمن هو في سن الإرضاع. أما الدخول فواضح. وأما التفويض فإنها لو زوّجت وجب لها مهر المثل. أجيب بتصوّر ذلك في أمة صغيرة زوّجها سيدها بالتفويض لعبد فإن الحر لا ينكح أمة صغيرة، وفيما إذا زوّج الكافر ابنته الصغيرة كافراً مفوّضة وكان عندهم أن لا مهر للمفوّضة وأرضعتها أمه أو بنته ثم ترافعا إلينا فإنا نقضي بصحة النكاح ولزوم المتعة. أما إذا كانت الفرقة منها أو بسببها كردتها وإسلامها ولو تبعاً أو فسخه بعيبها فلا متعة لها، سواء كانت قبل الدخول أم بعده؛ لأن المهر يسقط بذلك، ووجوبه آكد من وجوب المتعة بدليل أنهما لو ارتدّا معاً لامتعة ويجب الشطر، والفرق أن ملكها للصداق سابق على الردّة بخلاف المتعة، ومثل ذلك ما لو سبيا معاً، ولو اشتراها الزوج لم تستحق متعة وإن استدعى الزوج شراءها؛ لأنها تجب بالفرقة فتكون للمشتري، فلو أوجبناها لأوجبناها له على نفسه فلم تجب، بخلاف المهر فإنه يجب بالعقد فوجب للبائع، وتجب المتعة لسيد الأمة وفي كسب العبد كالمهر **(ويستحب أن لا تنقص)** المتعة **(عن ثلاثين درهماً)** أو ما قيمته ذلك. قال في البويطي: وهذا أدنى المستحب، وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب اهـ. ويسنّ أن لا تبلغ نصف مهر المثل كما قاله ابن المقري: فإن بلغته أو جاوزته جاز لإطلاق الآية. قال البلقيني وغيره: ولا يزيد وجوباً على مهر المثل، ولم يذكروه اهـ ومحل ذلك ما إذا فرضه الحاكم، ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر، منها أن الحاكم لا يبلغ بحكومة عضو مقدّره. ومنها أن لا يبلغ بالتعزير الحدّ وغير ذلك. أما إذا اتفق عليها الزوجان فلا يشترط ذلك، ويحمل على هذا كلام من اعترض على البلقيني، وقال: الأوجه خلاف كلامه، بل مقتضى النظائر أن لا يصل إلى مهر المثل إذا فرضها القاضي وهو ظاهر، ثم إن تراضيا على شيء فذاك **(فإن تنازعا)** في قدرها **(قدّرها القاضي بنظره)** أي اجتهاده بحسب ما يليق بالحال **(معتبراً حالهما)** من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفاتها لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١] **(وقيل)** يعتبر **(حاله)** فقط لظاهر الآية وكالنفقة **(وقيل حالها)** فقط لأنها كالبدل عن المهر، وهو معتبر **(وقيل)** لا يقدّرها بشيء، بل الواجب **(أقلّ مال)** متموّل كما يجوز جعله صداقاً، وفرّق بأن المهر بالتراضي، وعلى تقديره يجب ما يقرّره.

فَصْلٌ

اخْتَلَفَا في قَدْرِ مَهْرٍ أَوْ صِفَتِهِ تَحالَفَا، وَيَتَحالَفُ وَارِثَاهُمَا أَوْ وَارِثُ وَاحِدٍ وَالْآخَرُ ثُمَّ يُفْسَخُ المَهْرُ، وَيَجِبُ مَهْرُ مِثْلٍ ، وَلَوِ ادَّعَتْ تَسْمِيَةً فَأَنْكَرَهَا تَحالَفَا في الأَصَحِّ ،

فَصْلٌ

في التحالف عند التنازع في المهر المسمى ، إذا (**اختلفا**) أي الزوجان قبل وطء أو بعده مع بقاء الزوجية أو زوالها (**في قدر مهر**) مسمى وكان ما يدّعيه الزوج أقلّ كقوله : عقد بألف، فقالت: بل بألفين (**أو**) في (**صفته**) الشاملة لجنسه والحلول والتأجيل وقدر الأجل، كأن قالت بألف دينار، فقال: بل بألف درهم أو قالت بألف صحيحة، فقال: بل مكسرة أو بحالّ فقال بل بمؤجل أو بمؤجل إلى سنة فقال بل إلى سنتين ولا بينة لأحدهما أو تعارضت بينتاهما (**تحالفا**) قياساً على البيع ؛ لأن كل واحد منهما مدّع ومدّعى عليه، وكيفية اليمين ومن يبدأ به على ما مرّ في البيع ، لكن يبدأ هنا بالزوج لقوّة جانبه بعد التحالف ببقاء البضع له .

تنبيه : لو وجب مهر مثل لفساد التسمية ونحوه فاختلفا في مقداره فلا تحالف، ويصدق الزوج بيمينه لأنه غارم والأصل براءة ذمته عما زاد (**ويتحالف**) عند الاختلاف السابق أيضاً (**وارثاهما أو وارث واحد) منهما (**والآخر**) لقيامه مقام مورثه .

تنبيه : قضيته أنه كتحالف الزوجين، وليس مراداً، فإن الزوجين يحلفان على البتّ في النفي والإثبات، والوارث يحلف على البتّ في الإثبات، ونفي العلم في النفي على القاعدة في الحلف على فعل الغير، فيقول وارث الزوج والله لا أعلم أن مورثي نكحها بألف وإنما نكحها بخمسمائة، ويقول وارث الزوجة: والله لا أعلم أنه نكح مورثتي بخمسمائة وإنما نكحها بألف (**ثم**) بعد التحالف المذكور (**يفسخ المهر**) المسمى لمصيره بالتحالف مجهولاً ، ولا ينفسخ بنفس التحالف كالبيع ، وأشار إلى فائدة التحالف بقوله (**ويجب مهر مثل**) وإن زاد على ما ادّعته لأنهما لما تحالفا وجب ردّ البضع وهو لا يمكن فيجب بدله كالمبيع التالف، والكلام فيمن يفسخه على الخلاف فيمن يفسخ البيع بعد التحالف، وفي أنه هل يفسخ ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط الخلاف في البيع . أما إذا كان مدّعي الزوج الأكثر فلا تحالف لأنه معترف لها بما تدّعيه وزيادة ويبقى الزائد في يده (**ولو ادّعت تسمية**) لقدر أكثر من مهر مثلها (**فأنكر**) ذكر(**ها**) لها بأن قال: لم تقع تسمية ولم يدّع تفويضاً يفسد النكاح (**تحالفا في الأصح**)؛ لأن حاصله الاختلاف في قدر المهر؛ لأنه يقول الواجب مهر المثل وهي تدعي زيادة عليه، والثاني : يصدق الزوج بيمينه لموافقته للأصل ويجب مهر المثل، ولو ادّعى تسمية لقدر أقلّ من مهر المثل فأنكرت ذكرها تحالفا أيضاً على الأصح ، فإن كان قدر مهر المثل أو أكثر منه أو كان

وَلَوِ ادَّعَتْ نِكاحاً وَمَهْرَ مِثْلٍ فَأَقَرَّ بِالنِّكَاحِ وَأَنْكَرَ المَهْرَ أَوْ سَكَتَ فَالأَصَحُّ تَكْلِيْفُهُ الْبَيَانَ، فَإِنْ ذَكَرَ قَدْراً وَزَادَتْ تَحَالَفَا، وَإِنْ أَصَرَّ مُنْكِراً حَلَفَتْ وَقُضِيَ لَهُمَا، وَلَوِ اخْتَلَفَ في قَدْرِهِ زَوْجٌ وَوَلِيُّ صَغِيرَةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ تَحَالَفَا في الأَصَحِّ،

من غير نقد البلد تحالفا أيضاً كما ذكره ابن الرفعة. أما إذا ادّعى التفويض فالأصل عدم التسمية من جانب وعدم التفويض من جانب فيحلف كل منهما على نفي مدّعي الآخر تمسكاً بالأصل، وإن ادّعى أحدهما التفويض والآخر السكوت عن المهر صدّق الآخر بيمينه؛ لأن الأصل عدم التفويض فيجب مهر المثل، فإن كان ترك التسمية يفسد النكاح لوقوعه من غير جائزة التصرّف فلا تحالف (**ولو ادّعت نكاحاً ومهر مثل**) لعدم تسمية صحيحة (**فأقرّ بالنكاح وأنكر المهر**) بأن نفاه في العقد (**أو سكت**) عنه ولم يدع تفويضاً (**فالأصح**) عدم سماع ذلك منه، و(**تكليفه البيان**) لمهر المثل؛ لأن النكاح يقتضي المهر (**فإن ذكر قدراً وزادت**) عليه (**تحالفا**) وهو في الحقيقة تحالف في قدر مهر المثل (**وإن أصرّ**) الزوج (**منكراً حلفت**) أي الزوجة اليمين المردودة أنها تستحق عليه مهر مثلها (**وقضى لها**) به. والثاني: أنه لا يكلف بيان مهر، والقول قوله بيمينه إنها لا تستحق عليه مهراً لأن الأصل براءة ذمته. والثالث: القول قولها بيمينها؛ لأن الظاهر معها. قال الزركشي: وهذه المسألة قريبة في المعنى من التي قبلها وإنما الاختلاف بينهما في التصوير، وفرّق غيره بينهما بأن تلك في إنكار التسمية المقتضية لمهر المثل بأن ادّعت زائداً على مهر المثل، أو شيئاً من غير جنسه فيتحالفان. وأما هذه فالزوج فيها منكر المهر أصلاً، ولا سبيل إلى إنكاره مع اعترافه بالنكاح، فلذلك كلف البيان لمهر مثل، فإن ذكر قدراً أنقص مما ذكرت تحالفا، وإن أصرّ على الإنكار حلفت وقضى لها (**ولو اختلف في قدره زوج ووليّ صغيرة أو مجنونة تحالفا في الأصح**) لأن الوليّ هو العاقد، وله ولاية قبض المهر، فكان اختلافه مع الزوج كاختلاف البالغة معه ولأنه يقبل إقراره في النكاح والمهر فلا يبعد تحليفه، وفائدة التحالف أنه ربما ينكل الزوج فيحلف الوليّ فيثبت مدّعاه ولك أن تقول كما قال شيخنا: إن هذه الفائدة تحصل بتحليف الزوج من غير تحالف. والثاني: لا تحالف؛ لأنا لو حلفنا الوليّ لأثبتنا بيمينه حق غيره، وذلك محذور. ويؤيده ما في الدعاوى من أنه لو ادّعى ديناً لموليته فأنكر المدّعِي عليه ونكل لا يحلف، وإن ادّعى مباشرة سببه. وأجاب الأوّل بأن حلفه هناك مطلقاً على استحقاق موليه فهو حلف للغير فلا يقبل النيابة، وهنا على أن العقد وقع هكذا فهو حلف على فعل نفسه، والمهر يثبت ضمناً، ويغتفر في الضمن ما لا يغتفر في غيره، وإنما يتحالفان إذا ادّعى وليّ الصغيرة أو المجنونة الزيادة على مهر المثل واعترف الزوج بمهر المثل، فإن ادّعى الزوج دون مهر المثل فلا تحالف؛ لأنه يجب مهر المثل بدونه وإن نقص الوليّ، وإنما لم يتحالفا كما لو ادّعى الزوج مهر المثل ابتداء لأنه يدّعي تسمية فاسدة، فلا عبرة بدعواه، ولو اعترف الزوج بقدر يزيد على مهر المثل وادّعى الوليّ أكثر فلا تحالف؛ لئلا يرجع

وَلَوْ قَالَتْ نَكَحَنِي يَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ، وَيَوْمَ كَذَا بِأَلْفٍ وَثَبَتَ الْعَقْدَانِ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِبَيِّنَةٍ لَزِمَهُ أَلْفَانِ، فَإِنْ قَالَ لَمْ أَطَأْ فِيهِمَا أَوْ فِي أَحَدِهِمَا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَسَقَطَ الشَّطْرُ، وَإِنْ قَالَ كَانَ الثَّانِي تَجْدِيدَ لَفْظٍ لَا عَقْداً لَمْ يُقْبَلْ.

الواجب إلى مهر المثل فيرجع فيه إلى قول الزوج، ولكن لا بدّ من تحليفه على نفي الزيادة كما قاله البلقيني رجاء أن ينكل فيحلف الوليّ ويثبت مدّعاه، ولو ادّعى الوليّ مهر المثل أو أكثر وذكر الزوج أكثر من ذلك لم يتحالفا بل يؤخذ بما قاله الزوج، ولو نكل الوليّ انتظر بلوغ الصبية كما رجحه الإمام وغيره فلعلها تحلف، وتحلف صغيرة بلغت عاقلة قبل التحالف؛ لأنها من أهل اليمين فلا يحلف الوليّ، ويجري هذا الحكم في اختلاف المرأة مع وليّ الصغير وفي اختلاف وليي الزوجين الصغيرين، ولا يحلف مجبر البالغة العاقلة بل هي التي تحلف لأنها من أهل اليمين بخلاف الوكيلين في العقد الماليّ كالبيع فيحلفان؛ لأنهما العاقدان بخلاف الموكلين، وأما الوكيل في عقد النكاح فكالوليّ فيما ذكر، ولا يحلف وليّ الصغيرة فيما لم ينشئه، فلو ادّعى على رجل أنه أتلف ما لها وأنكر المدّعى عليه ونكل لم يحلف هو يمين الردّ؛ لأنه لا يتعلق بإنشائه بل يحلف المدّعي عليه، فإن نكل لم يقض بنكوله بل يتوقف حتى يبلغ الصبيّ أو الصبية ويحلف، وكالصغير والصغيرة فيما ذكر المجنون والمجنونة **(ولو قالت)** في دعواها على زيد مثلاً **(نكحني يوم كذا)** كالسبت **(بألف ويوم كذا)** كالخميس **(بألف وثبت العقدان بإقراره أو ببينة)** أو بيمينها بعد نكوله **(لزمه ألفان)** لإمكان صحة العقدين بأن يتخللهما خلع، ولا حاجة إلى التعرّض له ولا للوطء في الدعوى. أما عدم التعرّض لتخلل الفرقة فلأن العقد الثاني لا يكون إلا بعد ارتفاع الأوّل. وأما عدم التعرّض للوطء فلأن المسمى في كل عقد يجب بالعقد، والأصل بقاؤه حتى يثبت إسقاطه **(فإن قال)** الزوج **(لم أطأ فيهما)** أي العقدين **(أو في أحدهما صدّق بيمينه)** لأن الأصل عدم الوطء **(وسقط الشطر)** من الألفين أو أحدهما لأنه فائدة تصديقه.

تنبيه: صورة المسألة إذا ادّعى عدم الوطء في الثاني أن يدّعي الطلاق وإلا فمجرّد دعوى عدم الوطء لا يسقط الشطر في الثاني، وإنما يسقطه في الأوّل **(وإن قال كان الثاني تجديد لفظ)** للعقد الأوّل **(لا عقداً)** ثانياً **(لم يقبل)** قوله لمخالفته الظاهر، وله تحليفها على نفي ما ادّعاه لإمكانه.

فروع: لو أعطاها مالاً، فقالت: أعطيته هدية وقال: بل صداقاً، فالقول قوله بيمينه، وإن لم يكن المعطى من جنس الصداق؛ لأنه أعرف بكيفية إزالة ملكه، ولو أعطى من لا دين له عليه شيئاً، وقال: أعطيتك إياه بعوض وأنكر صدّق المنكر بيمينه. فإن قيل: لِمَ لَمْ يقل إنه أعرف بكيفية إزالة ملكه كما مرّ؟. أجيب بأن الزوج مستقلّ بأداء الدين وبقصده وبأنه يريد إبراء الذمة، بخلاف من لا دين عليه فيهما، وتسمع دعوى تسليم الصداق إلى وليّ صغيرة ومجنونة

فَصْلٌ

وَلِيمَةُ الْعُرْسِ

وسفيهة، لا وليّ رشيدة ولو بكراً فلا تسمع دعواه عليه إلاّ إذا ادّعى إذنها نطقاً فتسمع عليه للإذن الصريح له في القبض، ولو اختلفا في عين المنكوحة صدّق كل منهما فيما نفاه بيمينه؛ لأنه اختلاف في عقدين، وإن قال لامرأتين: تزوّجتكما بألف، فقالت إحداهما: بل أنا فقط بألف تحالفا؛ لأنه اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها وأما الأخرى فالقول قولها في نفي النكاح، ولو قالت حرّة لمن يملك أبويها ونكحها بأحدهما معيناً أصدقتني أمي فقال: بل أباك تحالفا وفسخ عقد الصداق ووجب لها عليه مهر المثل إلا أن نكلا أو نكلت وحلف هو فلا يجب لها مهر؛ لأن من ادّعى شيئاً ونكل عن اليمين بعد الردّ كان كمن لم يدّع شيئاً وعتق الأب دون الأمّ في الصور كلها بإقرار الزوج بدخوله في ملك من يعتق عليه ووقف ولاؤه؛ لأنه يقول: هو لها، وهي منكرة، ولا تعتق الأمّ إلا إن نكل وحلفت، ولو أصدقها جارية ثم وطئها عالماً بالحال قبل الدخول لم يحدّ لشبهة اختلاف العلماء في أنها هل تملك قبل الدخول جميع الصداق أو نصفه فقط أو بعده حدّ، ولا تقبل دعوى جهل ملك الجارية بالدخول إلا من قريب عهد بالإسلام أو ممن نشأ ببادية بعيدة عن العلماء.

فَصْلٌ

في الوليمة، واشتقاقها كما قال الأزهري من الولم، وهو الاجتماع؛ لأن الزوجين يجتمعان، ومنه: أولم الرجل إذا اجتمع عقله وخلقه، وهي تقع على كل طعام يتخذ لسرور حادث من عرس وأملاك وغيرها، لكن استعمالها مطلقة في العرس أشهر، وفي غيره بقيد، فيقال: وليمة ختان أو غيره، وهي لدعوة الأملاك، وهو العقد: وليمة وملاك وشندخي، وللختان إعذار بكسر الهمزة وإعجام الدال، وللولادة عقيقة، وللسلامة من الطلق خرس بضم الخاء المعجمة وسين مهملة، وتقال بصاد، وللقدوم من السفر نقيعة من النقع، وهو الغبار، وهي طعام يصنع له، سواء أصنعه القادم أم صنعه غيره له كما أفاده كلام المجموع في آخر صلاة المسافر، وللبناء وكيرة: من الوكر، وهو المأوى، وللمصيبة، وضيمة بكسر الضاد المعجمة، وقيل هذه ليست من الولائم نظراً لاعتبار السرور، لكن ظاهر كلامهم أنه منها، ويوجه كلامهم بأن اعتبار السرور إنما هو في الغالب، ولحفظ القرآن حذاق بكسر الحاء المهملة وبذال معجمة، وبلا سبب مأدبة بضم الدال وفتحها، والكل مستحب. قال الأذرعي: والظاهر أن استحباب وليمة الختان محله في ختان الذكور دون الإناث فإنه يخفى ويستحيا من إظهاره، ويحتمل استحبابه للنساء فيما بينهنّ خاصة أي وهذا أوجه قال: وأطلقوا استحباب الوليمة للقدوم من السفر، والظاهر أن محله في السفر الطويل لقضاء العرف به. أما من غاب يوماً أو أياماً يسيرة إلى بعض النواحي القريبة فكالحاضر وآكدها (**وليمة العرس**) بضم العين مع

سُنَّةٌ، وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهٍ وَاجِبَةٌ، وَالْإِجَابَةُ إِلَيْهَا فَرْضُ عَيْنٍ،

ضم الراء وإسكانها فإنَّها (سنة) مؤكدة لثبوتها عنه ﷺ قولاً وفعلاً، وفي البخاري: «أنه ﷺ أَوْلَمَ على بعض نسائه بمدّين من شعير، وأنه أولم على صفية بتمر وسمن وأقط، وأنه قال لعبد الرحمن بن عوف وقد تزوّج: أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ» وأقلها للمتمكن شاة ولغيره ما قدر عليه. قال النسائي: والمراد أقلّ الكمال شاة لقول التنبيه: وبأيّ شيء أولم من الطعام جاز، وهو يشمل المأكول والمشروب الذي يعمل في حال العقد من سكر وغيره، وقد جمع بعضهم أسماء الولائم في أبيات فقال:

وَلِلضِّيَافَةِ أَسْمَاءٌ ثَمَانِيَةٌ وَلِيمَةُ الْعُرْسِ ثُمَّ الخُرْسُ لِلْوَلَدِ
كَذَا العَقِيقَةُ لِلْمَوْلُودِ سَابِعَهُ ثُمَّ الوَكِيرَةُ لِلْبُنْيَانِ إِنْ تَجِدِ
ثُمَّ النَّقِيعَةُ عِنْدَ العَوْدِ مِنْ سَفَرٍ وَفِي الخِتَانِ هُوَ الإِعْذَارُ فَٱجْتَهِدِ
وَضِيمَةٌ لِمُصَابٍ ثُمَّ مَأْدُبَةٌ مِنْ غَيْرِ مَا سَبَبٍ جَاءَتْكَ بِالْعَدَدِ
وَالشَّنْدَخِيُّ لِإِمْلَاكٍ فَقَدْ كَمُلَتْ تِسْعاً وَقُلْ لِلَّذِي يَدْرِيهِ فَٱعْتَمِدِ

وقوله: قل للذي يدريه أي الشندخي، وأهمل الناظم عاشراً وهو الحذاق، ولم يتعرّضوا لاستحباب الوليمة للتسرّي، وقد صحّ: «أنه ﷺ لما أولم على صفية قالوا: إن لم يحجبها فهي أمّ ولد، وإن حجبها فهي امرأته» وفيه دليل على عدم اختصاص الوليمة بالزوجة وندبها للتسري، إذ لو اختصت بالزوجة لم يتردّدوا في كونها زوجة أو سريّة.

تنبيه: لم يتعرّضوا لوقت الوليمة، واستنبط السبكي من كلام البغوي أن وقتها موسع من حين العقد فيدخل وقتها به، والأفضل فعلها بعد الدخول؛ لأنه ﷺ لم يولم على نسائه إلا بعد الدخول فتجب الإجابة إليها من حين العقد وإن خالف الأفضل خلافاً لما بحثه ابن السبكي في التوشيح (وفي قول) كما حكاه في المهذب (أو وجه) كما في غيره (واجبة) عيناً لظاهر الأمر في خبر عبد الرحمن السابق، والأوّل حمله على الندب قياساً على الأضحية وسائر الولائم، ولأنه أمر فيه بالشاة، ولو كان الأمر للوجوب لوجبت، وهي لا تجب إجماعاً لا عيناً ولا كفاية.

تنبيه: لو نكح أربعاً هل يستحب لكل واحدة وليمة واحدة عن الجميع أو يكفيه، أو يفصل بين العقد الواحد والعقود. قال الزركشي: فيه نظر اهـ والأوجه الأوّل كما قاله غيره (والإجابة إليها) أي وليمة العرس على القول بأنها سنة (فرض عين) لخبر الصحيحين: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى الوَلِيمَةِ فَلْيَأْتِهَا»(١) وخبر مسلم: «شَرُّ الطَّعَامِ طَعَامُ الوَلِيمَةِ يُدْعَى لَهَا الأَغْنِيَاءُ وَتُتْرَكُ الفُقَرَاءُ، وَمَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»(٢). قالوا: والمراد وليمة العرس؛

(١) أخرجه البخاري ٩/٢٤٠ (٥١٧٣) ومسلم ٢/١٠٥٢ (٩٦ - ١٤٢٩).
(٢) أخرجه البخاري ٩/٢٤٤ (٥١٧٧) ومسلم ٢/١٠٥٤ (١٠٧ - ١٤٣٢).

وَقِيلَ كِفَايَةٍ، وَقِيلَ سُنَّةٌ، وَإِنَّمَا تَجِبُ أَوْ تُسَنُّ بِشَرْطِ أَنَّ لَا يَخُصَّ الْأَغْنِيَاءَ وَأَنْ يَدْعُوَهُ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ أَوْلَمْ ثَلَاثَةً لَمْ تَجِبْ فِي الثَّانِي، وتُكْرَهُ في الثَّالِثِ،

لأنها المعهودة عندهم، ويؤيده ما في الصحيحين مرفوعاً: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى وَلِيْمَةِ عُرْسٍ فَلْيُجِبْ»[1] وحكى ابن عبد البرّ وغيره الإجماع على ذلك **(وقيل)** الإجابة إليها فرض **(كفاية)** لأن المقصود إظهار النكاح والتمييز عن السفاح، وهو حاصل بحصول البعض **(وقيل: سنة)** لأنه تمليك مال فلم يجب كغيره، والخبر محمول على تأكد الاستحباب. أما على القول بأنها واجبة فإن الإجابة تجب قطعاً، قاله المتولي وتابعاه.

تنبيه: قضية قوله إليها عدم الإجابة إلى غيرها من الولائم وهو الصحيح، بل هي سنة لما في مسند أحمد عن الحسن قال: دعي عثمان بن أبي العاص إلى ختان فلم يجب وقال: لم يكن يدعى له عهد رسول الله ﷺ. وقيل: يطرد الخلاف السابق، واختاره السبكي وغيره، ففي مسلم: «مَنْ دُعِيَ إِلَى عُرْسٍ أَوْ نَحْوِهِ فَلْيُجِبْ»[2] وفي أبي داود: «إِذَا دَعَا أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ عُرْساً كَانَ أَوْ غَيْرُهُ»[3] وقضيتهما وجوب الإجابة في سائر الولائم، وبه أجاب جمهور العراقيين كما قاله الزركشي **(وإنما تجب)** الإجابة **(أو تسنّ)** كما مرّ **(بشرط)** أي بشروط منها **(أن لا يخصّ)** بالدعوة **(الأغنياء)** لغناهم لخبر: «شَرُّ الطَّعَامِ» بل يعمّ عشيرته، أو جيرانه، أو أهل حرفته، وإن كانوا كلهم أغنياء، وليس المراد أن يعم جميع الناس لتعذره، بل لو كثرت عشيرته أو نحوها، أو خرجت عن الضبط، أو كان فقيراً لا يمكنه استيعابها، فالوجه كما قال الأذرعي عدم اشتراط عموم الدعوة، بل الشرط أن لا يظهر منه قصد التخصيص. قال بعض المتأخرين: ولو لغير الأغنياء وليس بظاهر، بل لو خصص بذلك الفقراء كان أولى، ومنها أن يكون الداعي مسلماً، فلو كان كافراً لم تجب إجابته لانتفاء طلب المودّة معه، ولأنه يستقذر طعامه لاحتمال نجاسته وفساد تصرّفه، ولهذا لا يستحب إجابة الذمي كاستحباب إجابة المسلم فيما يستحب فيه إجابته، ويؤخذ من هذا أنه يستحب إجابة الذمي وإن كرهت مخالطته. ومنها أن يكون المدعو مسلماً أيضاً، فلو دعا مسلم كافراً لم تجب إجابته كما قاله الماوردي والروياني **(و)** منها **(أن يدعوه في اليوم الأوّل، فإن أولم ثلاثة)** من الأيام أو أكثر **(لم تجب)** إجابته **(في)** اليوم **(الثاني)** قطعاً بل تسنّ فيه **(وتكره في الثالث)** وفيما بعده، ففي أبي داود وغيره: «أنه ﷺ قال: الْوَلِيْمَةُ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ حَقٌّ، وَفِي الثَّانِي مَعْرُوفٌ، وَفِي الثَّالِثِ ـ أي وفيما بعده ـ رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ» نعم لو لم يمكنه استيعاب الناس في اليوم الأول لكثرتهم، أو صغر

---

(١) في مسلم ٢/١٠٥٣ (٩٨ ـ ١٤٢٩).
(٢) أخرجه مسلم ٢/١٠٥٣ (١٠١ ـ ١٤٢٩).
(٣) أخرجه مسلم في كتاب النكاح (١٠٠) وأبو داود (٣٧٣٨) وأحمد في المسند ٢/١٤٦ والبيهقي في السنن ٧/٢٦٢ وعبد الرزاق في المصنف (١٩٦٦٦).

وَانْ لَا يُحْضِرَهُ لِخَوْفٍ أَوْ طَمَعٍ فِي جَاهِهِ، وَأَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ مَنْ يَتَأَذَّى بِهِ أَوْ لَا يَلِيقُ بِهِ مُجَالَسَتُهُ وَلَا مُنْكَرَ،

منزله، أو غيرهما وجبت الإجابة؛ لأن ذلك في الحقيقة كما قال الأذرعي كوليمة واحدة دعى الناس إليها أفواجاً في يوم واحد، ولو أولم في يوم واحد مرّتين لغير عذر مما مرّ فالظاهر كما قال الزركشي أن الثانية كاليوم الثاني فلا تجب الإجابة. ومنها أن يكون الداعي مطلق التصرّف، فلا تطلب إجابة المحجور عليه لصبا أو جنون أو سفه وإن أذن وليه، لأنه مأمور بحفظ ماله لا بإتلافه. نعم إن اتخذها الوليّ من ماله وهو أب أو جدّ فالظاهر كما قال الأذرعي وجوب الحضور (و) منها (أن لا يحضره) أي يدعوه (لخوف) منه لو لم يحضره (أو طمع في جاهه) أو إعانته على باطل، بل للتودّد والتقرّب، وكذا لا بقصد شيء كما اقتضاه كلامه. ومنها أن يعين المدعو بنفسه أو نائبه، لا إن نادى في الناس، كأن قال لغيره: ادع من شئت، أو افتح الباب وقال ليحضر من أراد؛ لأن الامتناع حينئذ لا يورث وحشة. ومنها أن لا يعتذر المدعو إلى الداعي ويرضى بتخلفه وإلا زال الوجوب. ومنها أن لا يسبق الداعي غيره، فلو دعاه اثنان أجاب السابق، فإن جاءا معاً أجاب أقربهما رحماً ثم داراً. ومنها أن لا يدعوه من أكثر ماله حرام، فمن كان كذلك كرهت إجابته، فإن علم أن عين الطعام حرام حرمت إجابته وإلا فلا وتباح الإجابة، ولا تجب إذا كان في ماله شبهة، ولهذا قال الزركشي: لا تجب الإجابة في زماننا اهـ ولكن لا بد أن يغلب على الظنّ أن في مال الداعي شبهة. ومنها أن لا يكون الداعي امرأة أجنبية وليس في موضع الدعوة محرم لها ولا للمدعو وإن لم يخل بها. ومنها أن يكون المدعو حراً، فلو دعا عبداً لزمه إن أذن له سيده، وكذا المكاتب إن لم يضرّ حضوره بكسبه، فإن ضرّ وأذن له سيده فوجهان: والأوجه عدم الوجوب، والمحجور في إباحة الدعوة كالرشيد، ومنها أن يدعوه في وقت الوليمة وقد تقدّم. ومنها أن لا يكون المدعو قاضياً، فإن كان لم تجب الإجابة كما بحثه بعض المتأخرين، وكذا كل ذي ولاية عامّة. ومنها أن لا يكون معذوراً بمرخص في ترك الجماعة كما قاله الروياني والماوردي، ومنها أن لا يكون الداعي ظالماً أو فاسقاً أو شرّيراً أو متكلفاً طلباً للمباهاة والفخر، قاله في الإحياء. ومنها أن لا يتعين على المدعوّ حقّ كأداء شهادة وصلاة جنازة (و) منها (أن لا يكون ثم) أي في موضع الدعوة (من يتأذى) المدعوّ (به، أو لا يليق به مجالسته) كالأراذل، فإن كان فهو معذور في التخلف لما فيه من التأذي في الأوّل والغضاضة في الثاني، ولا أثر لعداوة بينه وبين الداعي، وأن لا يكون في الوليمة عدوّ له لا يتأذى به كما قاله الماوردي، وبحث الزركشي أن العداوة الظاهرة عذر (و) منها أن (لا) يوجد ثم (منكر) كخمر، أو ملاهٍ محرّمة، لحديث: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَلَا يَقْعُدَنَّ عَلَى مَائِدَةٍ يُدَارُ عَلَيْهَا الْخَمْرُ» رواه الترمذي وقال: حسن غريب وصححه الحاكم وقال: إنه على شرط مسلم(١).

(١) ذكره الحافظ في التلخيص ٣/١٩٦ وعزاه لأحمد والنسائي والترمذي والحاكم.

فَإِنْ كَانَ يَزُولُ بِحُضُورِهِ فَلْيَحْضُرْ، وَمِنَ الْمُنْكَرِ فِرَاشُ حَرِيرٍ وصُـورَةُ حَيْوَانٍ عَلَى سَقْفٍ أَوْ جِـدَارٍ أَوْ وِسَادَةٍ أَوْ سِتْـرٍ أَوْ ثَـوْبٍ مَلْبُـوسٍ،

تنبيه: يشمل إطلاقه ما لو كان هناك داعية إلى بدعـة ولا يقدر المـدعوّ على ردّه، ومـا إذا كان هناك من يضحك بالفحش والكذب، وبه صرّح في الإحياء. ومـا إذا كان هنـاك آنية نقـد، وبه صرّح في شرح مسلم (**فإن كـان**) المنكر (**يـزول بحضوره فليحضـر**) حتماً إجـابة للدعـوة وإزالة للمنكر، فإن لم يزل بحضوره حرم الحضور؛ لأنه كالرضا بالمنكر، فإن لم يعلم به حتى حضر نهاهم، فإن لم ينتهوا وجب الخروج إلا إن خاف منه كأن كان في ليل وخاف وقعد كارهاً بقلبه ولا يسمع لما يحرم استماعه، وإن اشتغل بالحديث والأكل جاز له ذلك، كما لو كان ذلك في جـوار بيته لا يلزمـه التحوّل وإن بلغـه الصوت، ولـو كان المنكـر مختلفاً فيـه كشرب النبيـذ والجلوس على الحرير حرم الحضور على معتقد تحريمه قاله الشارح نـاقلاً لـه نقل المـذهب، وهذه المسألة مما يغفل عنها كثير من طلبة العلم، وقد قلتها في مجلس فيه جماعـة من علمائنـا فأنكرها بعضهم، فقلت له: هذه المسألة قالهـا الجلال المحلي فسكت، ويؤيـد هذه المسـألة قول المصنف (**ومن المنكر فراش**) أي فراش (**حرير**) للنهي عن افتراشه كما مرّ في بـابه. فـإن قيـل: هذا يخـالف قولهم في كتـاب السير: لا ينكـر إلا المجمـع على تحـريمـه. أجيب بـأن الخلاف إنما يراعى إذا لم يخالف سنة صحيحة، والسنة قد صحت بالنهي عن الافتراش، فـلا عبرة بخلاف يصـادم النص، ولهذا حـدّ الشافعي رضي الله تعـالى عنه شـارب النبيذ المختلف فيه، ومن ذلك يؤخـذ ما أفتى بـه ابن الرفعـة من أن الفرجـة على الزينـة حرام أي لمـا فيها من المنكرات.

تنبيه: محل ما ذكره المصنف في دعوة اتخذت للرجال، فأما دعوة النسـاء خاصـة فينبني على افتراشهنّ للحرير، فإن منعناه لهنّ فلا فرق وإن جوّزناه وهو الأصح كما مـرّ في بابـه فليس بمنكر، والتقييد بالافتراش يخرج ستر الجدار به مع أنه حرام على الرجـال والنساء، ولـو حذف الحرير وقال كالغزالي: وفرش غير حلال كان أولى ليشمل فرش المغصوب والمسروق، وفرش جلود النمـور فإنهـا حرام كمـا قالـه الحليمي وابن المنـذر وغيـرهمـا، ولينبـه على أن المحـرّم المصدر أعني الفرش لا الفراش؛ لأنه قد يكون مطوياً ولا حـرمة فيـه (**و**) من المنكر أن يكـون في موضع الدعوة (**صورة حيوان**) آدمياً كان أو غيـره كبيراً أو صغيـراً على صورة حيـوان معهود كفرس أم لا كآدمي بجناحين مرفوعة كأن كانت (**على سقف أو جـدار أو وسادة**) منصـوبة كمـا في المحـرّر والروضـة وأصلها (**أو ستـر**) بكسر المهملة بخـطه معلق لزينـة أو منفعة (**أو**) على (**ثوب ملبوس**) «لِأَنَّهُ ﷺ امتنع من الدخول على عائشة رضي الله تعـالى عنها من أجـل النمرقـة التي عليها التصاوير، فقالت: أتوب إلى الله ورسوله مما أذنبت. فقـال: مَا بَـالُ هَذِهِ النُّمْرُقَـةِ، فَقالت: اشتريتها لك لتقعد عليها وتتوسدهـا. فقال ﷺ: إِنَّ أَصْحَـابَ هَذِهِ الصُّـوَرِ يَوْمَ الْقِيَـامَةِ

وَيَجُوزُ مَا عَلَى أَرْضٍ وَبِسَاطٍ ومَخِدَّةٍ

يُعَذَّبُونَ، فَيُقَالُ لَهُمْ: أَحْيُوا مَا خَلَقْتُمْ وَإِنَّ الْبَيْتَ الَّذِي فِيهِ هَذِهِ الصُّوَرُ لَا تَدْخُلُهُ المَلَائِكَةُ» متفق عليه(١). وقال: «أَشَدُّ النَّاسِ عَذَاباً يَوْمَ الْقِيَامَةِ المُصَوِّرُونَ»(٢) ولأنها شبيهة بالأصنام.

تنبيه: قضية كلام المصنف تحريم دخول البيت المشتمل على هذه الصور، وكلام أصل الروضة يقتضي ترجيح عدم تحريمه حيث قال: وهل دخول البيت الذي فيه الصور المصنوعة حرام أو مكروه؟ وجهان، وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد، وبالكراهة قال صاحب التقريب والصيدلاني، ورجحه الإمام والغزالي في الوسيط اهـ وفي الشرح الصغير عن الأكثرين أنهم مالوا إلى الكراهة، وصوّبه الاسنوي، وهذا هو الراجح كما جزم به صاحب الأنوار، ولكن حكى في البيان عن عامة الأصحاب التحريم وبذلك علم أن مسألة الدخول غير الحضور خلافاً لما فهمه الاسنوي وكصور الحيوان في ذلك فرش الحرير كما يومىء إليه كلام الروضة، وخرج بكون الصورة في موضع الدعوة، إذا كانت في الممرّ، فلا بأس بدخول الحمام الذي على بابه صور كما في الشرح والروضة، وبالوسادة المنصوبة غير المنصوبة، وسيأتي في كلامه التجويز في المخدّة، والوسادة والمخدّة لفظان مترادفان، وجمع بين كلاميه بأن مراده بالجواز في المخدّة الصغيرة التي يتكأ عليها، وبالمنع في الوسادة الكبيرة المنصوبة كما عبر به في الروضة، وتعبير الكتاب لا يدل عليه وإنما يحمل عليه عناية به، وقول المصنف: وثوب ملبوس يقتضي أنه إنما يكون منكراً في حال كونه ملبوساً. قال الأذرعي: ويجوز أن يكون المراد ما يراد للبس، سواء كان ملبوساً في تلك الساعة أم معلقاً أم موضوعاً على الأرض اهـ والأوجه ما في الكتاب.

فائدة: يستثنى من صورة الحيوان لعب البنات فلا تحرم كما في شرح مسلم للمصنف تبعاً للقاضي عياض في نقله ذلك عن العلماء: «ولأن عائشة رضي الله تعالى عنها كانت تلعب بها عند رسول الله ﷺ» رواه مسلم، وحكمته تدريبهنّ أمر التربية، وقد علم مما تقرّر أن ما تركه المصنف من الشروط أكثر مما ذكره، والمرأة إن دعت نساء فكما في الرجال (**ويجوز ما**) أي صورة حيوان كائنة (**على أرض وبساط**) يوطأ (**ومخدّة**) يتكأ عليها وآنية تمتهن الصور باستعمالها كطبق وخوان وقصعة، والضابط في ذلك إن كانت الصورة على شيء مما يهان جاز وإلا فلا، لما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ قدم من سفر وقد سترت على صفة لها ستراً فيه الخيل ذوات الأجنحة فأمر بنزعها» وفي رواية: «قطعنا منها وسادة أو وسادتين، وكان رسول الله ﷺ يرتفق بهما» كذا استدلوا به. قال السبكي: وفيه نظر، إذ يحتمل كون القطع في موضع الصورة فزالت وجعلت وسادة اهـ وقد يجاب بأن الأصل عدم ذلك،

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٠٥) ومسلم في كتاب اللباس (٩٦).

(٢) أخرجه البخاري ١٠/٣٨٢ (٥٩٥٠) ومسلم ٣/١٦٧٠ (٩٨ ـ ٢١٠٩).

وَمَقْطُوعُ الرَّأْسِ وصُورَةُ شَجَرٍ، وَيَحْرُمُ تَصْوِيرُ حَيَوانٍ، وَلَا تَسْقُطُ إِجَابَةٌ بِصَوْمٍ، فَإِنْ شَقَّ عَلَى الدَّاعِي صَوْمُ نَفْلٍ فَالْفِطْرُ أَفْضَلُ، وَيَأْكُلُ الضَّيْفُ مِمَّا قُدِّمَ لَهُ بِلَا لَفْظٍ،

ولأن ما يوطأ ويطرح مهان مبتذل، وأما الصورة المنقوشة على دينار أو درهم، فالقياس كما قال الزركشي إلحاقها بالثوب أي غير الملبوس لامتهانه بالاستعمال.

تنبيه: أشعر كلامه وجوب الإجابة مع وجود هذه الأشياء وتجويز استعمالها وهو كذلك في الأول دون الثاني، فإن الصحيح تحريم التصوير على الأرض وغيرها كما سيأتي وتعبيره أوّلاً بالوسادة وثانياً بالمخدّة يقتضي المغايرة بينهما، وقد تقدّم ما فيه **(و)** يجوز مرتفع **(مقطوع الرأس وصورة شجر)** ونحوه مما لا روح فيه كشمس وقمر، لما روى البخاري عن ابن عباس لما قال له المصوّر: لا أعرف صنعة غيرها: «قال: إن لم يكن فصور من الأشجار وما لا نفس له» **(ويحرم تصوير حيوان)** للحديث المارّ، ولما فيه من مضاهاة خلق الله تعالى. قال المتولي: وسواء أعمل لها رأساً أم لا خلافاً لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه. وقال الأذرعي: إن المشهور عندنا جواز التصوير إذا لم يكن له رأس لما أشار إليه الحديث من قطع رءوسها اهـ وهذا هو الظاهر.

تنبيه: قضية إطلاق المصنف أنه لا فرق في تصويره على الحيطان أو الأرض أو نسج الثياب، وهو الصحيح في زيادة الروضة **(ولا تسقط إجابة بصوم)** لخبر مسلم: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ كَانَ مُفْطِراً فَلْيَطْعَم، وَإِنْ كَانَ صَائِماً فَلْيُصَلِّ» والمراد بالصلاة الدعاء، بدليل رواية ابن السني: «فَإِنْ كَانَ صَائِماً دَعَا لَهُ بِالْبَرَكَة» ولا يلزمه الأكل إذا كان مفطراً فخبر مسلم أن النبي ﷺ قال: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلى طَعَامٍ، فَإِنْ شَاءَ طَعِمْ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ»[1] وقيل: يلزمه لما في رواية لمسلم: «وَإِنْ كَانَ مُفْطِراً فَلْيَطْعَمْ» وجرى عليه في التنبيه وصححه المصنف في شرح مسلم، واختاره في تصحيح التنبيه وعلى الأوّل يسنّ له الأكل كما صرّح به في الروضة: وأقله على الوجوب والندب لقمة **(فإن شق على الداعي صوم نفل)** من المدعو **(فالفطر)** له **(أفضل)** من إتمام الصوم ولو آخر النهار لجبر خاطر الداعي: «لأنه ﷺ لما أمسك من حضر معه وقال: إني صائم. قال له: يَتَكَلَّفُ لَكَ أَخُوكَ الْمُسْلِمُ، وَتَقُولُ: إِنِّي صَائِمٌ؟ أَفْطِرْ، ثُمَّ اقْضِ يَوْماً مَكَانَهُ» رواه البيهقي وغيره: فإن لم يشق عليه ذلك فالإمساك أفضل، ولا يكره أن يقول: إني صائم، حكاه القاضي أبو الطيب عن الأصحاب، أما صوم الفرض فلا يجوز الخروج منه ولو موسعاً كنذر مطلق **(ويأكل الضيف مما قدّم له بلا لفظ)** من مالك الطعام اكتفاء بالقرينة العرفية كما في الشرب من السقايات في الطرق. قال المصنف: وما ورد في الأحاديث الصحيحة من لفظ الإذن في ذلك محمول على الاستحباب، نعم إن كان ينتظر حضور غيره فلا يأكل إلا بإذن لفظاً أو بحضور الغير لاقتضاء القرينة عدم الأكل بدون ذلك.

(١) أخرجه مسلم ٢/١٠٥٤ (١٠٥ ـ ١٤٣٠).

وَلَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ إِلَّا بِالْأَكْلِ، وَلَهُ أَخْذُ مَا يَعْلَمُ رِضَاهُ بِهِ،

تنبيه: أفهم قوله مما قدّم له أنه ليس للأراذل أن يأكلوا مما بين أيدي الأماثل من الأطعمة النفيسة المخصوصة بهم، وبه صرّح الشيخ عز الدين. قال: إذ لا دلالة على ذلك بلفظ ولا عرف بل العرف زاجر عنه، وأن الضيف لا يأكل جميع ما قدّم له، وبه صرّح ابن الصباغ. قال ابن شهبة: وفيه نظر إذا كان قليلاً يقتضي العرف أكل جميعه اهـ وهذا ظاهر إذا علم رضا مالكه بذلك، وصرّح الماوردي بتحريم الزيادة على الشبع أي إذا لم يعلم رضا مالكه، وإنه لو زاد لم يضمن. قال الأذرعي: وفيه وقفة اهـ، وحدّ الشبع أن لا يعدّ جائعاً، وأما الزيادة على الشبع من مال نفسه الحلال فمكروه، وكذا من مال غيره إذا علم رضا مالكه. قال ابن عبد السلام: ولو كان الضيف يأكل كعشرة مثلاً ومضيفه جاهلاً بحاله لم يجز له أن يأكل فوق ما يقتضيه العرف في المقدار، قال: ولو كان الطعام قليلاً فأكل لقماً كباراً مسرعاً حتى يأكل أكثر الطعام ويحرم أصحابه لم يجز له ذلك، ويحرم التطفل، وهو حضور الوليمة من غير دعوة إلا إذا علم رضا المالك به لما بينهما من الأنس والانبساط، وقيد ذلك الإمام بالدعوة الخاصة، أما العامة كأن فتح الباب ليدخل من شاء فلا تطفل، والتطفيل مأخوذ من التطفل، وهو منسوب إلى طفيل رجل من أهل الكوفة كان يأتي الولائم بلا دعوة، فكان يقال له طفيل الأعراس **(ولا يتصرّف فيه)** ببيع ولا غيره **(إلا بالأكل)** لأنه المأذون فيه عرفاً فلا يطعم سائلاً ولا هرّة إلا إن علم رضا مالكه به، وللضيف تلقيم صاحبه إلا أن يفاضل المضيف طعامهما، فليس لمن خص بنوع أن يطعم غيره منه، وظاهره المنع، سواء أخص بالنوع العالي أم بالسافل وهو محتمل، ويحتمل تخصيصه بمن خص بالعالي، ونقل الأذرعي هذا عن مقتضى كلام الأصحاب. قال: وهو ظاهر، ويكره لصاحب الطعام أن يفاضل بين الضيفان في الطعام، لما في ذلك من كسر الخاطر.

تنبيه: يملك المضيف ما التقمه بوضعه في فمه على ما اقتضى كلام الشرح الصغير ترجيحه، وجزم به ابن المقري وصرّح بترجيحه القاضي والاسنوي، وإن كان قضية كلام المتولي أنه يتبين بالازدراد أنه ملكه قبله، وقيل: يملكه بالوضع بين يديه، وحيث قلنا: يملك الأخذ أو بالوضع في الفم، فهل له أن يبيحه لغيره أو يتصرّف فيه بغير الأكل؟ وجهان الصحيح قول الجمهور لا يجوز كما لا يعير المستعير، فالمراد أنه يملك أن ينتفع بنفسه كالعارية لا أنه ملك العين كما توهمه بعضهم، وفرّع عليه جواز تصرفه فيه بالبيع وغيره، نعم النازل بأهل الذمة، إذا شرط الإمام عليهم ضيافة من يمرّ بهم من المسلمين، فإنهم إذا قدّموا للضيف شيئاً يملكه بلا خلاف وكان له أن يرتحل به كما ذكره الرافعي في كتاب الجزية **(وله)** أي الضيف **(أخذ ما يعلم رضاه)** أي المضيف **(به)** والمراد بالعلم ما يشمل الظنّ؛ لأن مدار الضيافة على طيب النفس، فإذا تحقق ولو بالقرينة رتب عليه مقتضاه، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال

وَيَحِلُّ نَثْرُ سُكَّرٍ وَغَيْرِهِ فِي الأَمْلاَكِ، وَلاَ يُكْرَهُ فِي الأَصَحِّ، وَيَحِلُّ الْتِقَاطُهُ، وَتَرْكُهُ أَوْلَى.

وبمقدار المأخوذ وبحال المضيف وبالدعوة، فإن شك في وقوعه في محل المسامحة، فالصحيح في أصل الرّوضة التحريم. قال في الإحياء: وإذا علم رضاه ينبغي له مراعاة النصفة مع الرفقة، فلا ينبغي أن يأخذ إلا ما يخصه أو يرضون به عن طوع لا عن حياء **(ويحل نثر سكر)** وهو رميه مفرّقاً **(وغيره)** كدنانير ودراهم وجوز ولوز **(في الأملاك)** على المرأة للنكاح وفي الختان، وكذا في سائر الولائم كما بحثه بعض المتأخرين عملاً بالعرف **(ولا يكره)** النثر **(في الأصح)** ولكن تركه أولى؛ لأنه سبب إلى ما يشبه النهبة، وقد ورد في الصحيح النهي عنها، وقيل: يستحب لما فيه من البرّ، وقيل: يكره للدناءة في التقاطه بالانتهاب **(ويحل التقاطه)** لأن مالكه إنما طرحه لمن يأخذه **(و)** لكن **(تركه أولى)** كالنثر، هذا ما في الروضة، ولا يخالفه نص الشافعي، والجمهور على كراهة النثر والالتقاط إن حملت الكراهة على خلاف الأولى. نعم إن علم أن الناثر لا يؤثر بعضهم على بعض ولم يقدح الالتقاط في مروءة الملتقط لم يكن الترك أولى، ويكره أخذه من الهواء بإزار أو غيره، فإن أخذه منه أو التقطه أو بسط حجره له فوقع فيه ملكه، وإن لم يبسط حجره له لم يملكه؛ لأنه لم يوجد منه قصد تملك ولا فعل، لكن هو أولى به من غيره، فلو أخذه غيره. قال في أصل الروضة: ففي ملكه وجهان جاريان فيما لو عشش طائر في ملكه فأخذ فرخه غيره، وفيما إذا دخل السمك مع الماء حوضه، وفيما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره، وفيما إذا أحيا ما تحجره غيره، لكن الأصح أن المحيي يملك، وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثر؛ لأن المتحجر غير مالك، فليس الإحياء تصّرفاً في ملك غيره، بخلاف هذه الصور اهـ والمعتمد في مسألة النثار أن من أخذه لا يملكه كما رجحه الشارح، بخلافه في غيرها كما هو مصرّح به في أبوابها، والفرق أن الاستيلاء في هذه المسألة أقوى، لأنه وقع فيما هو ملابس له بخلاف غيرها. والصبي يملك ما التقطه والسيد يملك ما التقطه رقيقه.

خاتمة: في آداب الأكل: تسنّ التسمية قبل الأكل والشرب ولو من جنب وحائض للأمر بها في الأكل ويقاس به الشرب، ولو سمي مع كل لقمة فهو حسن، وأقلها بسم الله، وأكملها بسم الله الرحمن الرحيم، وهي سنة كفاية للجماعة، ومع ذلك تسنّ لكلّ منهم، فإن تركها أوّله أتى بها في أثنائه، فإن تركها في أثنائه أتى بها في آخره فإن الشيطان يتقيأ ما أكله أو شربه، ويسنّ الحمد بعد الفراغ من ذلك ويجهر بهما ليقتدي به فيهما، ويسنّ غسل اليد قبله وبعده، لكن المالك يبتدىء به فيما قبله ويتأخر به فيما بعده ليدعو الناس إلى كرمه، ويسنّ أن يأكل بثلاث أصابع للاتباع، وتسنّ الجماعة والحديث غير المحرّم كحكاية الصالحين على الطعام وتقليل الكلام أولى، ويسنّ لعق الإناء والأصابع، وأكل ساقط لم يتنجس، أو تنجس ولم يتعذر تطهيره وطهر، ويسنّ مواكلة عبيده وصغاره وزوجاته، وأن لا يخص نفسه بطعام إلا لعذر كدواء بل يؤثرهم على نفسه، ولا يقوم المالك عن الطعام وغيره يأكل ما دام يظن به حاجة إلى

الأكل ومثله من يقتدي به، وأن يرحب بضيفه ويكرمه، وأن يحمد الله على حصوله ضيفاً عنده، ويكره الأكل متكئاً وهو الجالس متعمداً على وطاء تحته كقعود من يريد الإكثار من الطعام. قاله الخطابي، وأشار غيره إلى أنه المائل إلى جنبه، ومثله المضطجع كما فهم بالأولى، ويكره الأكل مما يلي غيره ومن الأعلى والوسط، ونص الشافعي على تحريمه محمول على المشتمل على الإيذاء، ويستثنى من ذلك نحو الفاكهة مما يتنقل به فيأخذ من أي جانب شاء، ويكره تقريب فمه من الطعام بحيث يقع من فمه إليه شيء وذمّه، لا قوله لا أشتهيه أو ما اعتدت أكله، ويكره نفض يده في القصعة والشرب من فم القربة، والأكل بالشمال والتنفس والنفخ في الإناء، والبزاق والمخاط حال أكلهم، وقرن تمرتين ونحوهما كعنبتين بغير إذن الشركاء، ويسنّ للضيف وإن لم يأكل أن يدعو للمضيف كأن يقول: أكل طعامكم الأبرار، وأفطر عندكم الصائمون، وصلت عليكم الملائكة، وذكركم الله فيمن عنده. ويسنّ قراءة سورة الإخلاص وقريش، ذكره الغزالي وغيره. ويندب أن يشرب بثلاثة أنفاس بالتسمية في أوائلها وبالحمد في أواخرها، ويقول في آخر الأوّل: الحمد لله، ويزيد في الثاني: ربّ العالمين، وفي الثالث: الرّحمن الرّحيم، وأن ينظر في الكوز قبل الشرب، ولا يتجشأ فيه بل ينحيه عن فمه بالحمد ويردّه بالتسمية، والشرب قائماً خلاف الأولى. ومن آداب الأكل: أن يلتقط فتات الطعام، وأن يقول المالك لضيفه ولغيره كزوجته وولده إذا رفع يده من الطعام: كُلْ، ويكرّره عليه ما لم يتحقق أنه اكتفى منه، ولا يزيد على ثلاث مرّات، وأن يتخلل، ولا يبتلع ما يخرج من أسنانه بالخلال بل يرميه، ويتمضمض بخلاف ما يجمعه بلسانه من بينها فإنه يبلعه، وأن يأكل قبل أكله اللحم لقمة أو لقمتين أو ثلاثة من الخبز حتى يسدّ الخلل، وأن لا يشمّ الطعام، ولا يأكله حارّاً حتى يبرد. ومن آداب الضيف: أن لا يخرج إلا بإذن صاحب المنزل، وأن لا يجلس في مقابلة حجرة النساء وسترتهنّ، وأن لا يكثر النظر إلى الموضع الذي يخرج منه الطعام. ومن آداب المضيف: أن يشيع الضيف عند خروجه إلى باب الدار، وينبغي للآكل أن يقدّم الفاكهة ثم اللحم ثم الحلاوة، وإنما قدّمت الفاكهة لأنها أسرع استحالة، فينبغي أن تقع أسفل المعدة، ويندب أن يكون على المائدة بقل، وسيأتي إن شاء الله تعالى زيادة على ذلك في باب الأطعمة.

كِتَابُ الْقَسْمِ وَالنُّشُوزِ

يَخْتَصُّ الْقَسْمُ بِزَوْجَاتٍ، وَمَنْ بَاتَ عِنْدَ بَعْضِ نِسْوَتِهِ لَزِمَهُ عِنْدَ مَنْ بَقِيَ،

كتاب القسم

بفتح القاف وسكون السين مصدر قسمت الشيء. وأما بالكسر فالنصيب، والقسم بفتح القاف، والسين اليمين (**والنشوز**) هو الخروج عن الطاعة، وكان ينبغي للمصنف أن يزيد في الترجمة وعشرة النساء، إذ هو مقصود الباب (**يختصّ القسم**) أي وجوبه (**بزوجات**) أي بثنتين منهنّ فأكثر ولو كنّ غير حرائر لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا﴾ [النساء: ٣] أي في القسم الواجب ﴿فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء؛ ٣] فأشعر أنه لا يجب في ملك اليمين فلا دخل للإماء غير الزوجات فيه وإن كنّ مستولدات أو مع زوجات؛ لأنه لا حق لهنّ في الاستمتاع، والمراد بالاختصاص الوجوب كما مرّ فإنه مستحبّ في الإماء كيلا يحقد بعض الإماء على بعض. ويسنّ أيضاً عدم تعطيلهنّ.

تنبيه: إدخال الباء على المقصور عليه خلاف الكثير من دخولها على المقصور، فلاحاجة حينئذ لدعوى بعضهم القلب في كلام المتن الذي هو خلاف مقتضى الظاهر، ولا يرد عليه الموطوءة بشبهة ولا الرجعية وإن كانت في حكم الزوجات لتعارض المانع والمقتضي (**و**) المراد من القسم للزوجات، والأصل فيه الليل كما سيأتي أن يبيت عندهنّ ولا يلزمه ذلك ابتداء لأنه حقه فله تركه، بل (**من بات عند بعض نسوته**) بقرعة أو غيرها (**لزمه**) ولو عنينا ومجبوباً ومريضاً المبيت (**عند من بقي**) منهنّ لقوله ﷺ: «إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ آمْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ أَوْ سَاقِطٌ»[1] رواه أصحاب السنن، وصححه ابن حبان والحاكم. وكان ﷺ: «يُقَسِّمُ بَيْنَ نِسَائِهِ وَيُطَافُ بِهِ عَلَيْهِنَّ فِي مَرَضِهِ حَتَّى رَضِينَ بِتَمْرِيضِهِ فِي بَيْتِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَىٰ عَنْهَا». وفيه دليل على أن العذر والمرض لا يسقط القسم، وظاهر هذا أن القسم كان واجباً عليه ﷺ، وهو المشهور في المذهب، وقول العراقيين خلافاً للأصطخري في عدم وجوبه لقوله تعالى: ﴿تُرْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَتُؤْوِي إِلَيْكَ مَنْ تَشَاءُ﴾ [الأحزاب: ٥١] ولكنه ﷺ كان يقسم تكرّماً.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٣٣) والترمذي (١١٤١) والنسائي في كتاب عشرة النساء ٧/٦٣ وابن ماجة (١٩٦٩) والحاكم ٢/٤٨٦ والدارمي ٢/١٤٣ وأحمد في المسند ٢/٣٤٧.

وَلَوْ أَعْـرَضَ عَنْهُنَّ أَوْ عَنْ الْـوَاحِـدَةِ لَمْ يَـأْثَمْ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يُعَـطِّلَهُنَّ،

تنبيه: عبارته توهم أنه إنما يجب القسم إذا بات عند واحدة، وليس مراداً، بل يجب عند إرادته ذلك، ويحرم الابتداء بواحدة بلا قرعة على الأصح كما سنذكره، وقوله: بات يقتضي أنه لو كان يقيم عند إحداهنّ نهاراً يجوز على الدوام من غير قضاء لعدم البيتوتة؛ لأن بات في اللغة يكون بالليل غالباً، وهو بعيد، والأولى أن يجعل بات في كلامه بمعنى صار، فلا يختصّ بوقت، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَبِيتُونَ لِرَبِّهِمْ سُجَّداً وَقِيَاماً﴾ [الفرقان: ٦٤] ولا تجب التسوية بينهنّ في الجماع فإنه يتعلق بالنشاط والشهوة، وهي لا تتأتى في كل وقت ولا في سائر الاستمتاعات، ولا يؤاخذ بميل القلب إلى بعضهنّ لأنه ﷺ كان يقسم بين نسائه، ويقول: «اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيْمَا أَمْلِكُ فَلَا تَلُمْنِي فِيْمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ»(١) رواه أبو داود وغيره، وصحح الحاكم إسناده، ويجوز أن يؤثر بعض نسائه بالتبرّع دون بعض وإن استوحش بذلك، والأولى التسوية في ذلك وفي سائر الاستمتاعات (ولو أعرض عنهنّ) ابتداء أو بعد استكمال نوبة أو أكثر (أو عن الواحدة) التي ليس تحته غيرها فلم يبت عندهنّ ولا عندها (لم يأثم) لأنه حقه كما مرّ فجاز له تركه كسكنى الدار المستأجرة، ولأن في داعية الطبع ما يغني عن إيجابه.

تنبيه: عبارة المحرّر لم يكن لهنّ الطلب، وهي أولى من تعبير المصنف، إذ لا يلزم من نفي الإثم عدم الطلب بدليل المدين قبل الطلب لا يأثم بترك الدفع (ويستحب أن لا يعطلهنّ) من المبيت ولا الواحدة بأن يبيت عندهنّ أو عندها ويحصنها ويحصنهنّ؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف، ولأن تركه قد يؤدّي إلى الفجور، وأولى درجات الواحدة أن لا يخليها كل أربع ليال عن ليلة اعتباراً بمن له أربع زوجات. قال القمولي في الجواهر: والأولى أن يناما في فراش

---

(١) هذا الحديث مخرج من وجهين: الأول: من رواية أبي قلابة مرسلاً، أخرجه الترمذي في السنن ٣/٤٤٦، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر عقب الحديث (١١٤٠)، وقال: (وهذا ـ أي الإرسال ـ أصح من حديث حماد بن سلمة) وحديث حماد بن سلمة، من طريق عائشة مرفوعاً، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/١٣٩، كتاب النكاح (٤٤)، الحديث (١٤٦٦) (وأعله النسائي، والترمذي، والدارقطني بالإرسال، وقال أبو زرعة: لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله).
الثاني: عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً، أخرجه أحمد في المسند ٦/١٤٤ وأخرجه الدارمي في السنن ٢/١٤٤، كتاب النكاح، باب في القسمة بين النساء، وأخرجه أبو داود في السنن ٢/٦٠١، كتاب النكاح باب في القسم بين النساء الحديث (٢١٣٤)، وأخرجه الترمذي في السنن ٣/٤٤٦، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، الحديث (١١٤٠) واللفظ له، وأخرجه النسائي في المجتبى من السنن ٧/٦٤، كتاب عشرة النساء (٣٦)، باب ميل الرجال إلى بعض نسائه... وأخرجه ابن ماجة في السنن ١/٦٣٣، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء (٤٧)، الحديث (١٩٧١)، وأخرجه ابن حبان، ذكره الهيثمي في موارد الظمآن، ص ٣١٧، كتاب النكاح (١٧)، باب ما جاء في القسم الحديث (١٣٠٥)، وأخرجه الحاكم في المستدرك ٢/١٨٧، كتاب النكاح باب التشديد في العدل...، وقال: (صحيح على شرط مسلم) ووافقه الذهبي.

وَتَسْتَحِقُّ الْقَسْمَ مَرِيضَةٌ وَرَتْقَاءُ وَحَائِضٌ وَنُفَسَاءُ، لاَ نَاشِزَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِمَسْكَنٍ دَارَ عَلَيْهِنَّ فِي بُيُوتِهِنَّ، وَإِنِ انْفَرَدَ فَالأَفْضَلُ الْمُضِيُّ

واحد إذا لم يكن لأحدهما عذر في الانفراد، سيما إذا عرف حرصها على ذلك. ثم شرع فيمن يستحق القسم ومن لا يستحقه، فقال: (ويَستحق القسم مريضة) وقرناء (**ورتقاء وحائض ونفساء**) ومن آلى منها أو ظاهر ومحرمة ومجنونة لا يخاف منها. قال الغزالي: وكذا كل من بها عذر شرعي أو طبيعي؛ لأن المقصود منه الأنس لا الاستمتاع. أما المجنونة التي يخاف منها ولم يظهر منها نشوز وهي مسلمة له فلا يجب لها قسم كما بحثه الزركشي وإن استحقت النفقة، فهي مستثناة من قولنا: وضابط من يستحق القسم كل من وجبت نفقتها ولم تكن مطلقة لتخرج الرجعية. ويستثنى من استحقاق المريضة القسم ما لو سافر بنسائه فتخلفت واحدة لمرض فلا قسم لها وإن كانت تستحق النفقة كما نقله البلقيني عن تصريح الماوردي وأقرّه. وضابط من لا يستحقه كل امرأة لا نفقة لها فلا تستحقه أمة لم تسلم للزوج ليلاً ونهاراً، ولا الصغيرة التي لا تطيق الوطء، ولا المحبوسة، ولا المغصوبة، و (**لا ناشزة**) بخروجها عن طاعة زوجها كأن خرجت من مسكنه بغير إذنه، أو لم تفتح له الباب ليدخل، أو لم تمكنه من نفسها بلا عذر لها كمرض وإلا فهي على حقها كما قاله الماوردي، أو دعاها فاشتغلت بحاجتها، أو ادّعت الطلاق، وفي معنى الناشز المعتدّة عن شبهة لتحريم الخلوة بها، ونشوز المجنونة كالعاقلة لكنها لا تأثم. وضابط من يجب عليه القسم. كل زوج عاقل ولو سكران أو سفيهاً أو مراهقاً، فإن جار أو تقطع ولم ينضبط فلا يلزم الوليّ الطواف به عليهنّ، سواء أمن منه الضرر أم لا، إلا إن طولب بقضاء قسم وقع منه، أو كان الجماع ينفعه بقول أهل الخبرة، أو مال إليه بميله إلى النساء فيلزمه أن يطوف به عليهنّ أو يدعوهنّ إلى منزله أو يطوف به على بعضهنّ، ويدعو بعضهنّ إذا كان ثمّ عذر بحسب ما يرى، وإذا قسم لواحدة في الجنون وأفاق في نوبة الأخرى انتظرت إفاقة الأخرى وقضى فيها إقامته عند تلك في الجنون، فإن ضرّه الجماع بقولهم وجب على وليه منعه منه، فإن تقطع الجنون وانضبط كيوم ويوم قسم بنفسه أيام الإفاقة ويلغو أيام الجنون كأيام الغيبة قاله البغوي وغيره. وقال المتولي: يراعى القسم في أيام الإفاقة ويراعيه الوليّ في أيام الجنون ويكون لكل واحدة نوبة من هذه ونوبة من هذه، وهذا حسن، وأطلق المحاملي عن الأمّ أن على المحبوس القسم، وأن من امتنعت من إتيانه سقط حقها منه. وقال العمراني: إن أمكن أن يأوين معه فيه فهنّ على حقهنّ، وذلك بأن يصلح للسكنى. قال الماوردي: وإن لم يمكنهن لكثرة من معه من الرّجال هناك أو منع من النساء سقط القسم، والأوّل محمول على ذلك، ولو حبسته إحدى زوجتيه على حقها فليس للأخرى أن تبيت معه كما أفتى به ابن الصّباغ لئلا يتخذ الحبس مسكناً (**فإن لم ينفرد**) الزوج عن نسائه (**بمسكن**) له (**دار**) وجوباً (**عليهن في بيوتهن**) توفية لحق القسم (**وإن انفرد**) بمسكن (**فالأفضل المضي**

إلَيْهِنَّ، وَلَهُ دُعَاؤُهُنَّ، وَالأَصَحُّ تَحْرِيمُ ذَهَابِهِ إلَى بَعْضٍ وَدُعَاءِ بَعْضٍ، إلَّا لِغَرَضٍ كَقُرْبِ مَسْكَنِ مَنْ مَضَى إلَيْهَا أَوْ خَوْفٍ عَلَيْهَا، وَيَحْرُمُ أَنْ يُقِيمَ بِمَسْكَنٍ وَاحِدَةٍ وَيَدْعُوَهُنَّ إلَيْهِ، وَأَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ ضُرَّتَيْنِ فِي مَسْكَنٍ إلَّا بِرِضَاهُمَا،

إليهنّ) اقتداء به ﷺ وصيانة لهن عن الخروج **(وله دعاؤهنّ)** إلى مسكنه وعليهنّ الإجابة؛ لأن ذلك حق له، ومن امتنعت منهن فهي ناشزة أي حيث لا عذر، فإن كان لعذر كمرض ونحوه عذرت وبقيت على حقها، قاله الماوردي. وقال ابن كج: إن منعها مرض عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه وجمع بينهما بحمل الأوّل على المرض المعجوز معه عن الركوب. والثاني على غيره، واستثنى الماوردي ما إذا كانت ذات قدر وخفر ولم تعتد البروز فلا تلزمها إجابته، وعليه أن يقسم لها في بيتها. قال الأذرعي: وهو حسن وإن استغربه الرّوياني. وأما المطر والوحل الشديدان ونحوهما، فإن بعث لها مركوباً ووقاية من المطر فلا عذر، وإلا فينبغي أن يكون عذراً، ويختلف هذا باختلاف الناس **(والأصحّ تحريم ذهابه إلى بعض)** من نسائه **(ودعاء بعض)** منهنّ لمسكنه لما فيه من الوحشة، ولما في تفضيل بعضهنّ على بعض من ترك العدل. والثاني: لا كما له المسافرة ببعض دون بعض، وهذا ما نصّ عليه في الإملاء، وقطع به العراقيون وغيرهم. وأجاب من قال بالأوّل. قال الأذرعي: وهم الأقلون عن القياس على المسافرة بأنها تكون بالقرعة، وهي تدفع الوحشة وإن أقرع هنا. قال الرافعي: وجب أن يجوز، وعبر في الرّوضة بقوله: ينبغي القطع بالجواز أن يحمل النصّ على ما إذا كان ثمّ عذر كما نبه على ذلك بقوله **(إلا لغرض كقرب مسكن من مضى إليها)** دون الأخرى **(أو خوف عليها)** لكونها جميلة مثلاً دون غيرها لكونها دميمة أو حصل تراض أو قرعة كما مرّ فلا يحرم عليه ما ذكر، ويلزم من دعاها الإجابة، فإن أبت بطل حقها **(ويحرم أن يقيم بمسكن واحدة)** منهن **(ويدعوهن)** أي من بقي منهن **(إليه)** لأن إتيان بيت الضرّة شاقّ على النفس، ولا يلزمهن الإجابة، فإن أجبن فلصاحبة البيت المنع، وإن كان البيت ملك الزوج؛ لأن حقّ السكنى فيه لها كما قاله ابن داود.

تنبيه: التعبير بالإقامة يقتضي الدوام، وبحث الزركشي أن الحكم كذلك ولو مكث أياماً لا على نية الإقامة وهو ظاهر، ولو رضين كلهن بذلك جاز، ولو قال: إلا برضاهن كالتي بعدها لكان أولى **(و)** يحرم **(أن يجمع)** ولو ليلة واحدة **(بين ضرّتين)** فأكثر **(في مسكن)** أي بيت واحد لما بينهما من التباغض **(إلا برضاهما)** فيجوز الجمع بينهما؛ لأن الحق لهما، ولو رجعا بعد الرّضا كان لهما ذلك.

تنبيه: التعبير بالمسكن يقتضي أنه لا يلزمه في السفر إفراد كل واحدة بخيمة ومرافق، وهو ظاهر لما في إيجاب ذلك من الضرر بالزوج، وضرر الزوجات لا يتأبد فيحتمل، وإذا رضيتا بالبيت الواحد. قال الشيخان: كره أن يطأ إحداهما بحضرة الأخرى؛ لأنه بعيد عن

وَلَهُ أَنْ يُرَتِّبَ الْقَسْمَ عَلَى لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا، وَالأَصْلُ اللَّيْـلُ وَالنَّهارُ تَبَعٌ، فَإِنْ عَمِلَ لَيْلاً وَسَكَنَ نَهاراً كَحَارِسٍ فَعَكْسُهُ، وَلَيْسَ لِلأَوَّل دخُـولٌ في نَوْبَـةٍ عَلَى أُخرَى لَيْلاً إلَّا لِضَرُورَةٍ كَمَرَضِهَا المَخُوفِ،

المـروءة، وظاهـره كراهـة التنزيـه، وبه صـرّح المصنف في تعليقه على التنبيـه، وقضية كـلام جماعة تحريم ذلك، وصرّح به القاضي أبو الـطيب، وصوّبـه الأذرعي، وقال إنـه مقتضى نصه في الأمّ لما في ذلك من سوء العشرة وطـرح الحياء اهـ ويمكن الجمـع بينهما بـأن يكون محـل التحـريم إذا كانت إحـداهما تـرى عورة الأخرى، ولـو طلب الـزوج ذلـك وامتنعت لم يلزمهـا الإجابة، ولا تصير ناشزة بالامتناع قاله الشيخان مع قولهما بكراهة الوطء في هذه الحالة، وقول المصنف: ضـرّتين يقتضي جواز الجمـع بين الزوجـة والسـريـة؛ لأن الجـوهـري فسـر الضـرّة بالزوجة، لكن صرّح الماوردي والرّوياني بأنهما كالزوجتين، والمعتمد أنـه يعتبر رضـا الزوجـة فقط؛ لأن السرية لا يشترط رضاها؛ لأن له جمع إمائه بمسكن وهي أمة، ولو اشتملت دار على حجرات مفردة المرافق جاز إسكان الضرّات فيهـا من غير رضـاهنّ، والعلو والسفل إن تميـزت المـرافق مسكنان. ثم شـرع في بيان زمـان القسم وقدره، فـقـال **(ولـه)** أي للزوج المقيم **(أن يـرتب القسم على ليلة ويوم قبلهـا أو بعدهـا)** وهو أولى، وعليـه التواريـخ الشرعيـة، فـإن أوّل الأشهر الليالي، وقضية كلامه اعتبار الليل بغروب الشمس إلى طلوع الفجـر. قال ابن الـرفعة: والوجه الـرجوع في ذلـك إلى العرف الغـالب اهـ وهذا هـو الظاهـر فإن بعض النـاس يبقى في حـانوتـه إلى هدوة من الليـل **(والأصـل)** في القسم من مقيم معيشتـه نهـاراً **(الليـل)** لأنـه وقت السكون **(والنهار تبـع)** له لأنـه وقت الانتشار في طلب المعـاش. قال تعـالى: ﴿وَجَعَلْنَا اللَّيْـلَ لِبَاساً وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشاً﴾ [النبـأ: ١٠، ١١] وقال تعـالى: ﴿الَّذِي جَعَـلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِتَسْكُنُـوا فِيهِ وَالنَّهَـارَ مُبْصِراً﴾ [غـافر: ٦١] **(فـإن عمل ليـلاً وسكن نهاراً كحـارس)** ووقاد حمـام **(فعكسه)** فيكون النهار في حقه أصلاً والليل تبع له لسكونـه بالنهـار ومعاشـه بالليـل، فلو كان يعمـل تارة بالنهار وتارة بالليل لم يجز أن يقسم لواحدة ليلة تابعة ونهاراً متبوعاً ولأخرى عكسه على الأصح في زيادة الروضة لتفاوت الغرض، أما المسافر فعماده وقت نزولـه من ليل أو نهـار قلّ أو كثـر؛ لأن الخلوة والسكون حينئذ، ويؤخذ من العلة ما قاله الأذرعي أنه لو لم يحصل الخلوة إلا حالـة السير كأن كان بمحفة وحالة النزول يكون مع الجماعة في نحو خيمة كان عماد قسمة حالة سيره دون حـالة نـزوله حتى يلزمـه التسويـة في ذلك **(وليس لـلأول)** أي من ليله أصل **(دخـول)** ولو لحاجة على الصحيح كعيادة **(في نـوبة على)** زوجـة **(أخرى ليـلاً)** لما فيـه من إبطال حق ذات النوبة، واحترز بالأوّل عمن عماده النهار فإن له الدخول ليلاً لوضع متاع كما يفعله الأوّل نهاراً، ولو قال وما جعلناه أصلاً لا يجوز الدخول فيه على غير صاحبة النوبة لكان أشمل **(إلا لضـرورة كمرضها المخوف)** وشدّة الطلق، وخوف النهب والحرق، وقد يخرج ما لـو احتمل ذلـك وأراد

وَحِينَئِذٍ إِنْ طَالَ مُكْثُهُ قَضَى وَإِلاَّ فَلاَ، وَلَـهُ الدُّخُولُ نَهَاراً لِوَضْعِ مَتَاعٍ وَنَحْوِهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ لاَ يَطُولَ مُكْثُهُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لاَ يَقْضِي إِذَا دَخَلَ لِحَاجَةٍ

الدخول ليتبين حال المرض، والأصح الجواز كما نقلاه عن الغزالي **(وحينئذ)** أي حين الدخول لضرورة **(إن طال مكثه)** عرفاً **(قضى)** من نوبة المدخول عليها مثل مكثه؛ لأن حق الآدمي لا يسقط بالعذر، ومثلاً في الروضة وأصلها طول المكث بساعة طويلة، ونقلا عن القاضي حسين تقديره بثلث الليل. ثم قالا: والصحيح أنه لا تقدير أي فالمعتبر العرف كما مرّ **(وإلا)** أي وإن لم يطل مكثه **(فلا)** يقضي لقلته. قال الزركشي: ويأثم انتهى، ولا وجه لتأثيمه؛ لأنه دخل لضرورة، وإنما يأثم إذا تعدّى بالدخول وإن لم يطل المكث كما ذكره في الروضة وأصلها.

تنبيه: قول المصنف وحينئذ يفهم منه أنه يقضي إذا دخل بلا ضرورة وطال مكثه بطريق الأولى، ولو تعدّى بالدخول قضى إن طال مكثه وإلا فلا، لكن يعصي، ولو جامع من دخل عليها في ليلة غيرها عصى، وإن قصر الزمن وكان لضرورة. قال الإمام: واللائق بالتحقيق القطع بأن الجماع لا يوصف بالتحريم ويصرف التحريم إلى إيقاع المعصية لا إلى ما وقعت به المعصية. وحاصله أن تحريم الجماع لا لعينه، بل لأمر خارج، ويقضي المدة دون الجماع لا إن قصرت ومحل وجوب القضاء ما إذا بقيت المظلومة في نكاحه، فلو ماتت المظلومة بسببها فلا قضاء لخلوص الحق للباقيات، فلو فارق المظلومة تعذر القضاء، ثم إن عادت بعد فراق من ظلم بها تعذر القضاء لخلوص الحق لها، ولو أخرج في الليل ظلماً كرهاً فهل يجب عليه القضاء؟ فيه وجهان: في الحاوي. قال في المطلب: والمشهور في الكتب وجوبه، وهو المنصوص، وله قضاء الفائت في أي جزء شاء من اليل، ولكن الأولى أن يكون في مثل تلك الساعة، وقيل: يجب ويعصى بطلاق من لم تستوف حقها بعد حضور وقته لتفويته حقها بعد ثبوته، وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً كما صرّح به في أصل الروضة. قال ابن الرفعة: ويتجه أن يكون العصيان فيما إذا طلقها بغير سؤالها وإلا فلا، فإن أعادها ولو بعقد جديد والمستوفية معه ولو بعقد بعد طلاق قضى المعادة حقها وإلا فلا، ولا يحسب مبينته مع المظلومة عن القضاء قبل عود المستوفية لذلك **(وله الدخول نهاراً لوضع)** أو أخذ **(متاع ونحوه)** كتسليم نفقة وتعريف خبر لحديث عائشة رضي الله تعالى عنها: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعاً فَيَدْنُـو مِنْ كُلِّ آمْرَأَةٍ مِنْ غَيْرِ مَسِيسٍ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَىٰ الَّتِي هُوَ يَوْمُها فَيَبِيتَ عِنْدَهَا» رواه أبو داود وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وفهم من كلامه جواز الدخول للضرورة من باب أولى **(وينبغي)** إذا دخل نهاراً لما ذكر **(أن لا يطول مكثه)** أي لا يجوز له تطويل المكث، لكنه خلاف الأولى فإن طال وجب القضاء كما في المهذب وغيره تبعاً للنص. قال الشارح: ولم يذكره الشيخان مع أن المصنف قال **(والصحيح أنه لا يقضي إذا دخل لحاجة)** أي وإن طال الزمن؛ لأن النهار تابع مع وجود الحاجة فيحمل كلام المهذب وغيره كما قال شيخي على

وَأَنَّ لَهُ مَا سِوَى وَطْءٍ مِنِ اسْتِمْتَاعٍ، وَأَنَّهُ يَقْضِي إِنْ دَخَلَ بِلَا سَبَبٍ، وَلَا تَجِبُ تَسْوِيَةٌ فِي الْإِقَامَةِ نَهَاراً، وَأَقَلُّ نُوَبِ الْقَسْمِ لَيْلَةٌ وَهُوَ أَفْضَلُ، وَيَجُوزُ ثَلَاثاً، لَا زِيَادَةَ عَلَى الْمَذْهَبِ،

ما إذا طال الزمان فوق الحاجة، وكلام المتن على ما إذا طال الزمان بالحاجة، ورأيت بعض الشرّاح ضعف ما في المهذب، وبعضهم ضعف ما في المتن، وحيث أمكن الجمع فهو أولى، ومقابل الصحيح يقضي إذا طال كما في الليل، واحترز بقوله لحاجة عما إذا دخل بلا سبب، وسيأتي (و) الصحيح، وعبر في الروضة بالأصح (**أن له ما سوى وطء من استمتاع**) للحديث السابق، ولأن النهار تابع. والثاني: لا يجوز، أما الوطء فقضية كلامه أنه يحرم قطعاً حيث أخرجه من محل الخلاف، وليس مراداً بل فيه وجه، وتقدّم الكلام على ما يتعلق بتحريم الوطء، وأن من عماد القسم في حقه النهار أن نهاره كليل غيره في جميع ما مرّ (و) الصحيح المنصوص (**أنه يقضي إن دخل**) نهاراً (**بلا سبب**) أي يقضي زمن الإقامة لتعدّيه، لا أنه يقضي الاستمتاع كما يقتضيه كلامه. والثاني: لا يقضي؛ لأن النهار تبع، ومحل الخلاف إذا طال الزمن أخذاً مما مرّ، وإن كان ظاهر كلامه الإطلاق (**ولا تجب تسوية في**) قدر (**الإقامة نهاراً**) لتبعيته لليل، ولأنه وقت الانتشار والتردّد، وقد يكثر في يوم ويقلّ في آخر، والضبط فيه عسر بخلاف الليل، ومن عماد قسمته النهار فبالعكس من ذلك.

فرع: لو كان تحته مريضتان ولا متعهد لهما يقسم الليالي عليهما، والتسوية بينهما في التمريض لا بالقرعة وقضى للباقيات إن برئتا، فإن ماتت المريضة تعذر القضاء؛ لأنه إنما يحسب من نوبتها، أما إذا كان لها متعهد فلا يبيت عندها إلا في نوبتها (**وأقلّ نوب القسم**) لمقيم عمله نهاراً (**ليلة**) ليلة، ولا يجوز تبعيضها لما فيه من تشويش العيش وعسر ضبط أجزاء الليل ولا بليلة وبعض أخرى، وأما طوافه ﷺ على نسائه في ليلة واحدة فمحمول على رضاهن، أما المسافر فقد مرّ حكمه، وأما من عماد قسمه النهار كالحارس فظاهر كلامهم أنه لا يجوز له تبعيضه كتبعيض الليلة ممن يقسم ليلاً وهو الظاهر، ويحتمل أنه يجوز لسهولة الضبط.

تنبيه: لو قال نوبة بالإفراد استغنى عن تكرير ليلة المصرّح به في المحرّر ولفظة أقلّ مزيدة عليه (**وهو أفضل**) من الزيادة عليها اقتداء به ﷺ وليقرب عهده بهن (**ويجوز**) ليلتين و (**ثلاثاً**) بغير رضاهن، وقيل: لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن، واختاره ابن المنذر (**لا زيادة**) على الثلاث بغير رضاهن (**على المذهب**) وقول الجمهور: وإن تفرقن في البلاد لئلا يؤدي إلى المهاجرة، ولإيحاش الباقيات بطول المقام عند الضرة وقد يموت في المدّة الطويلة فيفوت حقهن، وقيل في قول أو وجه يزاد على الثلاث إلى سبع، وقيل: ما لم يبلغ أربعة أشهر مدّة تربص المولى.

تنبيه: قضية كلام المصنف تحريم الزيادة وهو الذي عليه الجمهور، خلافاً لما جزم به

والصَّحِيحُ وُجُوبُ قُرْعَةٍ لِلِابْتِدَاءِ، وَقِيلَ يَتَخَيَّرُ وَلَا يُفَضِّلُ في قَدْرِ نَوْبَةٍ لٰكِنْ لِحُرَّةٍ مِثْلَا أَمَةٍ،

الدارمي والروياني من الكراهة، أما إذا رضين فتجوز الزيادة قطعاً (**والصحيح وجوب قرعة**) على الزوج بين الزوجات (**للابتداء**) بواحدة منهن عند عدم رضاهن تحرزاً عن الترجيح مع استوائهن في الحق فيبدأ بمن خرجت قرعتها، فإذا مضت نوبتها أقرع بين الباقيات، ثم بين الأخريين، فإذا تمت النوبة راعى الترتيب ولا حاجة إلى إعادة القرعة بخلاف ما لو بدأ بلا قرعة فإنه يقرع بين الباقيات، فإذا تمت النوبة أقرع للابتداء، وقد شمل ذلك عبارة المصنف؛ لأنه الآن كأنه ابتدأ القسم، أما إذا رضين بتقديم واحدة لم يمتنع ذلك (**وقيل: يتخير**) بينهن في ذلك فيبدأ بمن شاء منهن بغير قرعة (**ولا يفضل**) بعض نسائه (**في قدر نوبة**) أي يحرم عليه ذلك، وإن اختصت بفضيلة كشرف وإسلام؛ لأن القسم شرع للعدل واجتناب التفضيل المفضي للوحشة، ثم استثنى المصنف من عدم التفضيل مسألتين: أشار لإحداهما بقوله (**لكن لحرة مثلا أمة**) لحديث فيه مرسل، رواه الحسن البصري وعضده الماوردي بأنه روي عن عليّ كما رواه الدارقطني ولا يعرف له مخالف: فكان إجماعاً، ولأن القسم استمتاع، والاستمتاع بها غالباً على النصف إذ لا تسلم له إلا ليلاً، وخالف حق الزفاف، إذ الغرض فيه زوال الحياء والحشمة وهما فيه سواء، وسواء المدبرة والمكاتبة والمبعضة وأمّ الولد: كما قاله الماوردي وغيره، ويتصوّر اجتماع الأمة مع الحرّة في صور منها أن يسبق نكاح الأمة بشروطه على نكاح الحرّة، ومنها أن يكون تحته حرّة لا تصلح للاستمتاع، ومنها أن يكون الزوج رقيقاً أو مبعضاً، وقول الشيخين: ولا يتصوّر كون الأمة جديدة إلا في حق العبد جرى على الغالب، وإنما تستحق الأمة القسم إذا استحقت النفقة بأن تكون مسلمة للزوج ليلاً ونهاراً كالحرّة كما مرّت الإشارة إليه وحق القسم لها لا لسيدها فهي التي تملك إسقاطه؛ لأن معظم الحظ في القسم لها كما أن خيار العيب لها لا له.

تنبيه: كلام المصنف قد يوهم جواز ليلتين لها إذا كان للحرّة أربعة، وليس مراداً بل الشرط ليلة لها وليلتين للحرّة، ولا تجوز الزيادة على ذلك ولا النقص عنه لئلا يزاد القسم على ثلاث أو ينقص عن ليلة وهما ممتنعان كما مرّ، وهذا كله إذا لم يطرأ العتق، فلو عتقت الأمة في الليلة الأولى من ليلتي الحرّة وكانت البداءة بالحرّة فالثانية من ليلتيها للعتيقة ثم يسوّى بينهما إن أراد الاقتصار لها على ليلة، وإلا فله توفية الحرّة ليلتين وثلاثاً، وإقامة مثل ذلك عند العتيقة، وإن عتقت في الثانية منهما فله إتمامها ويبيت مع العتيقة ليلتين، وإن خرج حين العتق إلى مسجد أو بيت صديق أو نحو ذلك، أو إلى العتيقة لم يقض ما مضى من تلك الليلة، فإن قيل: إن كان النصف الأوّل من الليلة حقاً للحرّة فيجب إذا كمل الليلة أن لا يقضي جميعها، وإن لم يكن حقاً لها فيجب أن يقضيه إذا خرج فوراً. أجيب عن الشق الأول بأن نصفي الليلة كالثلاثة

وَتَخْتَصُّ بِكْرٌ جَدِيدَةٌ عِنْدَ زِفَافٍ بِسَبْعٍ بِلَا قَضَاءٍ، وَثَيِّبٌ بِثَلَاثٍ، وَيُسَنُّ تَخْيِيرُهَا بَيْنَ ثَلَاثٍ بِلَا قَضَاءٍ،

أيام، والسبعة في حق الزفاف للثيب، فالثلاث حق لها، وإذا أقام عندها سبعاً قضى الجميع كما سيأتي، فكذا إذا أقام النصف الثاني قضاه مع النصف الأول، لكن مقتضى هذا أن محله إذا طلبت منه تمام الليلة، كما إذا طلبت الثيب السبعة وإلا فيقضي الزائد فقط، وعن الشق الثاني بأن العتيقة قبل العتق لا يثبت لها استحقاق نظير النصف المقسوم كما لو كان عبد بين اثنين لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه، فالمهيأة بينهما تكون يومين ويوماً، فإذا اشترى صاحب الثلث السدس من الآخر في أثناء اليوم لم يرجع عليه بأجرة ما مضى، وإن عتقت في ليلتها قبل تمامها زادها ليلة، لالتحاقها بالحرّة قبل الوفاء أو بعد تمامها اقتصر عليها ثم سوّى بينهما، ولا أثر لعتقها في يومها؛ لأنه تابع، وإن كانت البداءة بالأمة وعتقت في ليلتها فكالحرّة فيتمها، ثم يسوّي بينهما، أو عتقت بعد تمامها، أو في الحرّة ليلتين ثم سوّى بينهما؛ لأن الأمة قد استوفت ليلتها قبل عتقها فتستوفي الحرّة بإزائها ليلتين، ولو لم تعلم الأمة يعتقها حتى مرّ عليها أدوار وهو يقسم لها قسم الإماء قضى الزوج لها ما مضى إن علم بذلك وإلا فلا، وعلى هذا يحمل كلام من أطلق عدم القضاء وكلام من أطلق القضاء. ثم أشار إلى المسألة الثانية بقوله **(وتختص)** وجوباً زوجة **(بكر جديدة)** أي جدّدها على من في عصمته زوجة يبيت عندها ولو أمة أو كافرة **(عند زفاف)** وهو حمل العروس لزوجها **(بسبع)** ولاء **(بلا قضاء)** للباقيات **(و)** تختص وجوباً زوجة **(ثيب)** وهي التي إذنها النطق **(بثلاث)** ولاء بلا قضاء لخبر ابن حبان في صحيحه: «سَبْعٌ لِلْبِكْرِ وَثَلَاثٌ لِلثَّيِّبِ»(١) والمعنى في ذلك زوال الحشمة بينهما ولهذا سوّى بين الحرّة والأمة؛ لأن ما يتعلق بالطبع لا يختلف بالرقّ والحرّية كمدة العنة والإيلاء، وزيد للبكر؛ لأن حياءها أكثر، والحكمة في الثلاث والسبع أن الثلاث مغتفرة في الشرع، والسبع عدد أيام الدنيا، وما زاد عليها تكرار، فإن فرق ذلك لم تحسب؛ لأن الحشمة لا تزال بالمفرق واستأنف وقضى المفرق للأخريات، وخرج بجديدة من طلقها رجعياً بعد توفية حق الزفاف، فإنه إذا راجعها لا زفاف لها، بخلاف البائن، وبخلاف مستفرشة أعتقها سيدها ثم تزوجها فإنه يجب لها حق الزفاف، ولو لم يكن عنده غيرها أو كانت ولم يبت عندها لم يثبت للجديدة حق الزفاف، ولا ينافي هذا قول أصل الروضة: لو نكح جديدتين لم يكن في نكاحه غيرهما وجب لهما حق الزفاف؛ لأنه محمول على من أراد القسم وإن قال المصنف في شرح مسلم: الأقوى المختار وجوبه مطلقاً لخبر أنس، فقد ردّه البلقيني بأن في مسلم طرقاً فيها الصراحة بما إذا كانت عنده زوجة أو أكثر غير التي زفت إليه، فتكون هذه الرواية المطلقة مقيدة بتلك الروايات، ودخل في الثيب المذكورة من كانت ثيوبتها بوطء حلال أو حرام أو وطء شبهة، وخرج بها من حصلت ثيوبتها بمرض أو وثبة أو نحو ذلك **(ويسنّ تخييرها)** أي الثيب **(بين ثلاث بلا قضاء)** للباقيات

---

(١) أخرجه مسلم (٤٢ ـ ١٤٦٠) بلفظ: «للبكر سبع وللثيب ثلاث».

وَسَبْعٍ بِقَضَاءٍ،وَمَنْ سَافَرَتْ وَحْدَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَنَاشِزَةٌ،وَبِإِذْنِهِ لِغَرَضِهِ يَقْضِي لَهَا،وَلِغَرَضِهَا لَا فِي الْجَدِيدِ،

(و) بين (سبع بقضاء) أي مع قضاء لهنّ: «كما فعل ﷺ بأم سلمة رضي الله تعالى عنها حيث قال لها: إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ» أي بالقسم الأول بلا قضاء، وإلا لقال: وثلثت عندهنّ كما قال: وسبعت عندهنّ، رواه مالك، وكذا مسلم بمعناه. أما إذا لم تختر السبع بأن لم تختر شيئاً، أو اختارت دون سبع لم يقض إلا ما فوق الثلاث؛ لأنها لم تطمع في الحق المشروع لغيرها، كما أن البكر إذا طلبت عشراً وبات عندها مع أنه يمتنع عليه ذلك لم يقض إلا ما زاد لما ذكر، بخلاف الثيب إذا اختارت السبع فإنها طمعت في الحق المشروع لغيرها فبطل حقها، ولو زفت له زوجتان معاً وهو مكره أقرع بينهما للابتداء لحق الزفاف، فمن خرجت قرعتها قدّمها بجميع السبع أو الثلاث، فإن زفتا مرتباً أدّى حق الأولى أوّلاً، ولو زفت جديدة وله زوجتان قد وفاهما حقهما وفي الجديدة حقها واستأنف بعد ذلك القسم بين الجميع بالقرعة، وإن بقيت ليلة لإحداهما بدأ بالجديدة ثم وفى القديمة ليلتها، ثم يبيت عند الجديدة نصف ليلة؛ لأنها تستحق ثلث القسم؛ لأن الليلة التي باتها عند القديمة كأنها بين القديمتين، فيخص كل واحدة من القديمتين نصف ليلة فيكون للجديدة ما ذكر، ويخرج إلى المسجد أو نحوه ثم يستأنف القسم بين الثلاث بالسوية، ولو كان يقسم ليلتين فتزوج جديدة في أثناء ليلة إحداهما فهل يقطع الليلة كلها ويقسم للجديدة أو يكمل الليلة؟ وجهان في حلية الشاشي أوجههما الأول.

تنبيه: لا يتخلف بسبب الزفاف عن الخروج للجماعات وسائر أعمال البرّ كعيادة المرضى وتشييع الجنائز مدة الزفاف إلا ليلاً فيتخلف وجوباً تقديماً للواجب، وهذا ما جرى عليه الشيخان وإن خالف فيه بعض المتأخرين. وأما ليالي القسم فتجب التسوية بينهن في الخروج لذلك وعدمه، فإما أن يخرج في ليلة الجمع أو لا يخرج أصلاً، فإن خص ليلة بعضهنّ بالخروج أثم (ومن سافرت) منهنّ (وحدها بغير إذنه) لحاجتها أو حاجته (فناشزة) فلا قسم، ويستثنى من ذلك صورتان: الأولى: إذا خربت البلد وارتحل أهلها والزوج غائب ولم يمكنها الإقامة فلا تكون كما قال السبكي ناشزة كخروجها من البيت إذا أشرف على السقوط. الثانية: إذا سافر السيد بالأمة بعد أن بات الزوج عند الحرّة ليلتين لم يسقط حقها من القسم، وعلى الزوج قضاء ما فات عند التمكن؛ لأن الفوات حصل بغير اختيارها، قاله المتولي وأقرّاه. أما إذا سافرت معه بغير إذنه فإنها تستحق كما تستحق النفقة، لكنها تعصي. نعم إن منعها من الخروج فخرجت ولم يقدر على ردّها سقط حقها. قال البلقيني بالنسبة للنفقة: ومثلها القسم (و) من سافرت (بإذنه لغرضه) كأن أرسلها في حاجته (يقضي لها) ما فاتها للإذن وغرضه فهي كمن عنده وفي قبضته وهو المانع نفسه عنها بإرسالها (و) بإذنه (لغرضها) كحج وعمرة وتجارة (لا) يقضي لها (في الجديد) لأنها ليست في قبضته، وفائدة الإذن رفع الإثم، والقديم يقضي

وَمَنْ سافَرَ لِنُقْلَةٍ حَرُمَ أَنْ يَسْتَصْحِبَ بَعْضَهُنَّ، وفي سائِرِ الأَسْفَارِ الطَّوِيلَةِ وَكَذَا الْقَصِيرَةِ في الأَصَحِّ يَسْتَصْحِبُ بَعْضَهُنَّ بِقُرْعَةٍ، ولاَ يَقْضِي مُدَّةَ سَفَرِهِ، فَإِنْ وَصَلَ المَقْصِدَ وصارَ مُقِيماً

لوجود الإذن، ولو سافرت لحاجة ثالث. قال الزركشي: فيظهر أنه كحاجة نفسها اهـ وهو كما قال غيره ظاهر إذا لم يكن خروجها بسؤال الزوج لها فيه وإلا فيلحق بخروجها لحاجته بإذنه، أو سافرت وحدها بإذنه لحاجتهما معاً لم يسقط حقها كما قاله الزركشي وغيره بالنسبة للنفقة، ومثلها القسم خلافاً لما بحثه ابن العماد من السقوط وامتناعها من السفر مع الزوج نشوز. قال الماوردي: إلا أن تكون معذورة بمرض أو نحوه **(ومن سافر لنقلة)** ولو سفراً قصيراً **(حرم)** عليه **(أن يستصحب بعضهنّ)** دون بعض ولو بقرعة بل ينقلهنّ أو يطلقهنّ، وإن سافر ببعض ولو بقرعة قضى للمتخلفات، ولو نقل بعضهنّ بنفسه وبعضهنّ بوكيله قضى لمن معهن الوكيل في الأصح في زيادة الروضة إن أقرع وإلا وجب قطعاً.

تنبيه: قد يقتضي كلامه أنه لو ترك الكل جاز وليس مراداً وإن صرّح به المتولي، بل ينقلهن أو يطلقهن لما في ذلك من قطع أطماعهن من الوقاع فأشبه الإيلاء، بخلاف ما لو امتنع عن الدخول إليهنّ وهو حاضر؛ لأنه لا ينقطع رجاؤهن **(وفي سائر)** أي باقي **(الأسفار الطويلة)** المبيحة للقصر **(وكذا القصيرة)** المباحة **(في الأصح يستصحب بعضهن)** أي زوجاته **(بقرعة)** عند تنازعهن، لما روى الشيخان: «أنه ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه أيتهن خرج سهمها خرج بها معه سواء أكان ذلك في يومها أو يوم غيرها»، نصّ عليه في الإملاء. قال البلقيني: وإذا خرجت القرعة لصاحبة النوبة لا تدخل نوبتها في مدة السفر، بل إذا رجع وفي لها نوبتها. قال: وفي نص الأمّ ما يشهد له، وإذا خرجت القرعة لواحدة فليس له الخروج بغيرها وله تركها: والثاني: لا يستصحب بعضهن بقرعة في التقصير، فإن فعل قضى؛ لأنه كالإقامة، وليس للمقيم تخصيص بعضهن بالقرعة، وعلى الأول لو سافر بواحدة أو أكثر من غير قرعة عصى وقضى، فإن رضين بواحدة جاز بلا قرعة وسقط، ولهن الرجوع قبل سفرها. قال الماوردي: وكذا بعده ما لم يجاوز مسافة القصر أي يصل إليها.

تنبيه: شمل إطلاقه البعض الواحدة فأكثر، وبه صرّح ابن أبي هريرة، ويستثنى من إطلاقه ما إذا زنى وغرّبه الإمام فإنه يمنع من استصحاب زوجته معه كما نقله الرافعي هناك عن البغوي **(و)** إذا سافر بالقرعة **(لا يقضي)** للزوجات المتخلفات **(مدّة سفره)** لأنه لم يتعدّ، والمعنى فيه أن المستصحبة وإن فازت بصحبته فقد لحقها من تعب السفر ومشقته ما يقابل ذلك، والمتخلفة وإن فاتها حظها من الزوج فقد ترفهت بالدعة والإقامة، فتقابل الأمران فاستويا، وخرج بالسفر المباح غيره، فليس له أن يستصحب فيه بعضهن بقرعة ولا بغيرها، فإن فعل عصى ولزمه القضاء للمتخلفات وبالزوجات الإماء فله أن يستصحب بعضهن بغير قرعة **(فإن وصل المقصِد)** بكسر الصاد **(وصار مقيماً)** بأن نوى إقامة مؤثرة أول سفره، أو عند وصوله

قَضَى مُدَّةَ الْإِقَامَةِ، لَا الرُّجُوعِ فِي الأَصَحِّ، وَمَنْ وَهَبَتْ حَقَّهَا لَمْ يَلْزَمِ الزَّوْجِ الرِّضَا، فَإِنْ رَضِيَ ووهَبَتْ لِمُعَيَّنَةٍ بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْهِمَا، وقِيلَ يُوالِيهِمَا، أَوْ لَهُنَّ سَوَّى

مقصده، أو قبل وصوله (قضى مدة الإقامة) لخروجه عن حكم السفر، هذا إن ساكن المصحوبة. أما إذا اعتزلها مدّة الإقامة فلا يقضي كما جزم به في الحاوي (لا) مدّة (الرجوع) بعد صيرورته مقيماً فلا يقضيها (في الأصح) كما لا يقضي مدة الذهاب. والثاني يقضي؛ لأنه سفر جديد بلا قرعة. أما إذا رجع من المقصد قبل مدة الإقامة فلا يقضي جزماً لاستصحاب حكم السفر عليه.

تنبيه: المراد بالإقامة ما مرّ في باب القصر، فلو أقام في مقصده أو غيره بلا نية، وزاد على مدّة المسافرين قضى الزائد، فلو أقام لحاجة يتوقعها كل وقت فلا يقضي إلى أن تمضي ثمانية عشر يوماً كما جزم به في الأنوار، ولو استصحب واحدة بقرعة ثم نوى الإقامة وكتب للباقيات يستحضرهن قضى المدّة من حين كتابته في أحد وجهين، صوّبه البلقيني، فإن استصحبها بلا قرعة قضى للمتخلفات جميع المدّة ولو لم يبت معها ما لم يخلفها في بلد أو نحوها، فإن خلفها لم يقض لهنّ كما في فتاوى البغوي (ومن وهبت) منهنّ (حقها) من القسم لغيرها (لم يلزم الزوج الرضا) بذلك لأنها لا تملك إسقاط حقه من الاستمتاع فله أن يبيت عندها في ليلتها (فإن رضي) بالهبة (ووهبت لمعينة) منهنّ (بات عندها ليلتيهما) كل ليلة في وقتها متصلتين كانتا أو منفصلتين وإن كرهت «كما فعل ﷺ لما وهبت سودة نوبتها لعائشة رضي الله تعالى عنهما» كما في الصحيحين[1]، وهذه الهبة ليست على قواعد الهبات، ولهذا لا يشترط رضا الموهوب لها بل يكفي رضا الزوج؛ لأن الحق مشترك بينه وبين الواهبة، إذ ليس لنا هبة يقبل فيها غير الموهوب له مع تأهله للقبول إلا هذه.

تنبيه: أفهم قوله: ليلتيهما أن يقسم كل ليلة في وقتها متصلتين كانتا أو منفصلتين (وقيل) في المنفصلتين (يواليهما) بأن يقدّم ليلة الواهبة على وقتها ويصلها بليلة الموهوبة أو يقدّم ليلة الموهوبة على وقتها ويصلها بليلة الواهبة؛ لأنه أسهل عليه، والمقدار لا يختلف، وعورض ذلك بأن فيه تأخير حق من بين الليلتين، وبأن الواهبة قد ترجع بينهما في الشقّ الأوّل، والموالاة تفوّت حق الرجوع عليها، وقيده ابن الرّفعة أخذاً من التعليل بما إذا تأخرت ليلة الواهبة، فإن تقدّمت وأراد تأخيرها جاز. قال ابن النقيب: وكذا لو تأخرت فأخر ليلة الموهوبة إليها برضاها تمسكاً بهذا التعليل اهـ وهذا ظاهر، ومحل بياته عند الموهوبة ليلتين ما دامت الواهبة تستحق القسم، فإن خرجت عن ذلك لم يبت عند الموهوبة إلا ليلتها (أو) وهبت (لهن) كلهن أو أسقطت حقها من القسم مطلقاً (سوّى) بينهن فيه جزماً، فتجعل الواهبة أو المسقطة

---

(١) أخرجه البخاري ٣١٢/٩ (٥٢١٢) ومسلم ١٠٨٥/٢ (٤٧ - ١٤٦٣).

أَوْ لَـهُ فَلَهُ التَّخْصِيصُ، وقِيلَ يُسَوِّي.

فَصْلٌ

ظَهَرَتْ أَمَارَاتُ نُشُوزِها وَعَظَها بِلَا هَجْرٍ،

كالمعدومة ويقسم للباقيات (أو) وهبت (له) فقط (فله التخصيص) لواحدة فأكثر بنوبة الـواهبة؛ لأنها جعلت الحق له فيضعه حيث شاء، ويأتي في الاتصال والانفصـال ما سبق (وقيـل يسوّي) بينهن ولا يخصص لأن التخصيص يـورث الوحشـة والحقد فتجعـل الواهبـة كالمعـدومة، ولـو وهبت له ولبعض الزوجات أوله وللجميع، لم أر من تعرّض لهذه المسألـة، وقد سـألت شيخي عنها فأجاب بأن حقها يقسم على الرءوس كما لو وهب شخص عيناً لجماعة والتقدّم بالقرعة.

تنبيـه: لا يجوز للواهبـة أن تأخـذ على المسامحـة بحقهـا عـوضـاً لا من الـزوج ولا من الضرائر، فإن أخذت لـزمها ردّه واستحقت القضـاء؛ لأن العوض لم يسلم لهـا، وإنما لم يجـز أخذ العوض عن هذا الحق؛ لأنه ليس بعين ولا منفعة؛ لأن مقامـه عندهـا ليس بمنفعة ملكتهـا عليـه. وقد استنبط السبكي من هـذه المسألـة ومن خلع الأجنبي جواز النـزول عن الوظـائف، والـذي استقرّ عليـه رأيه أن أخـذ العوض فيـه جائـز وأخذه حـلال لإسقـاط الحق لا لتعلق حق المنزول له، بل يبقى الأمر في ذلك إلى ناظر الوظيفة يفعل مـا تقتضيه المصلحـة شرعـاً وبسط ذلك، وللواهبة الرجوع متى شاءت، فإذا رجعت خرج فوراً، ولا يرجع في المـاضي قبل العلم بالرجوع، فإن بات الزوج في نوبة واحدة عند غيرها ثم ادّعى أنها وهبت حقها وأنكرت لم يقبل قوله إلا بشهادة رجلين.

فَصْلٌ

في حكم الشقاق بالتعدّي بين الزوجين، وهو إما أن يكون منها أو منه أو منهما، وقـد بدأ بما إذا كان التعـدّي منها بقـوله: فلو (ظهـرت أمارات نشـوزها) فعـلاً كأن يجـد منها إعـراضاً وعبوساً بعد لطف وطلاقة وجه أو قولاً كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كـان بلين (وعظهـا) ندبـاً لقوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] كأن يقـول لها: اتق الله في الحق الواجب لي عليك واحذري العقوبـة (بلا هجـر) ولا ضرب، ويبين لهـا أن النشوز يسقط النفقة والقسم، فلعلها تبدي عذراً أو تتوب عما وقع منها بغير عذر، وحسن أن يـذكر لهـا ما في الصحيحين من قـولـه ﷺ: «إِذَا بَـاتَتِ المَـرْأَةُ هَـاجِـرَةً فِـرَاشَ زَوْجِهَـا لَعَنَتْهَـا المَـلَائِكَـةُ حَتَّى تُصْبِحَ»(١). وفي الترمـذي عن أمّ سلمة قـال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَـا امْرَأَةٍ بَـاتَتْ وَزَوْجُهَا رَاضٍ

---

(١) أخرجه البخاري (٥١٩٤) ومسلم في كتاب النكاح (١٢٠).

فَإِنْ تُحِقق نُشُوزٌ وَلَمْ يَتَكَرَّرْ وعَظَ وهَجَرَ في المَضْجِعِ، وَلاَ يَضْرِبُ في الأَظْهَرِ. قُلْتُ: الأَظْهَرُ يَضْرِبُ، واللَّهُ أَعْلَمُ، فَإِنْ تَكَرَّرَ ضَرَبَ،

عَنْهَا دَخَلَتِ الْجَنَّةَ». ويستحبّ أن يبرّها ويستميل قلبها بشيء. وفي الصحيحين: «الْمَرْأَةُ ضِلْعٌ أَعْوَجُ إِنْ أَقَمْتَهَا كَسَرْتَهَا، وَإِنْ تَرَكْتَهَا اسْتَمْتَعْتَ بِهَا عَلَى عِوَجٍ فِيهَا».

تنبيه: ظاهر كلامه كغيره تحريم الهجر في المضجع في هذه الحالة. قال ابن النقيب تبعاً للسبكي: وهو ظاهر إذا فوّت حقاً لها من قَسْم أو غيره وإلا فيظهر عدم التحريم؛ لأن الاضطجاع معها حقه فله تركه (**فإن تحقق نشوز**) منها (**ولم يتكرّر**) ذلك منها (**وعظ**) ـها (**وهجر**) ها (**في المضجع**) بكسر الجيم أي يجوز له ذلك لظاهر الآية ولأن في الهجر أثراً ظاهراً في تأديب النساء، والمراد أن يهجر فراشها فلا يضاجعها فيه، وقيل: هو ترك الوطء، وقيل: هو أن يقول لها هجراً أي إغلاظاً في القول. وقيل: هو أن يربطها بالهجار، وهو حبل يربط فيه البعير الشارد، واحترز المصنف بالهجر في المضجع عن الهجران في الكلام فلا يجوز الهجر به لا للزوجة ولا لغيرها فوق ثلاثة أيام، ويجوز فيها للحديث الصحيح: «لاَ يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ»(١) وفي سنن أبي داود: «فَمَنْ هَجَرَهُ فَوْقَ ثَلاَثَةٍ فَمَاتَ دَخَلَ النَّارَ»(٢) وحمل الأذرعي تبعاً لغيره التحريم على ما إذا قصد بهجرها ردّها لحظ نفسه، فإن قصد به ردّها عن المعصية وإصلاح دينها فلا تحريم، قال: ولعلّ هذا مرادهم، إذ النشوز حينئذ عذر شرعيّ اهـ، وهذا مأخوذ من قولهم: يجوز هجر المبتدع والفاسق ونحوهما، ومن رجا بهجره صلاح دين الهاجر أو المهجور، وعليه يحمل هجره ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه، وأوّل أسمائهم حروف مكة، ونهيه ﷺ الصحابة عن كلامهم، وكذا هجران السلف بعضهم بعضاً (**ولا يضرب في الأظهر**) فإن الجناية لم تتأكد بالتكرّر، وهذا ما رجحه جمهور العراقيين وغيرهم، وحكاه الماوردي عن الجديد (**قلت: الأظهر يضرب**) أي يجوز له ذلك (**والله أعلم**) كما لو أصرّت عليه لظاهر الآية، فتقديره ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ فإن نشزن ﴿وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]، والخوف هنا بمعنى العلم كما في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً﴾ [البقرة: ١٨٢] والأولى بقاؤه على ظاهره، وقال: والمراد واهجروهن إن نشزن، واضربوهن إن أصررن على النشوز، وهذا ما ذكره بقوله (**فإن تكرّر ضرب**) ولو قدّمه على الزيادة وقيد الضرب فيها بعدم التكرار كان أولى.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٠٧٧) ومسلم ٤/١٩٨٤ (٢٥ ـ ٢٥٦٠).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٢/٣٩٢ وأبو داود ٥/٢١٥ (٤٩١٤) وذكره المتقي الهندي في الكنز (٢٤٨٧٤) وعزاه لابن النجار.

فَلَوْ مَنَعَهَا حَقّاً كَقَسْمٍ وَنَفَقَةٍ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي تَوْفِيَتَهُ، فَإِنْ أَساءَ خُلُقَهُ وآذاهَا بِلا سَبَبٍ نَهَاهُ، فَإِنْ عَادَ عَزَّرَهُ،

تنبيه: إنما يجوز الضرب إن أفاد ضربها في ظنه وإلا فلا يضربها كما صرّح به الإمام وغيره، ولا يأتي بضرب مبرح، ولا على الوجه والمهالك، وعبر في الأنوار بالوجوب في ذلك، وهو ظاهر، وعليه يحمل تعبير الشيخين بينبغي وهو ضرب التعزير، وسيأتي فيه مزيد بيان، والأولى له العفو عن الضرب، وخبر النهي عن ضرب النساء محمول على ذلك أو على الضرب بغير سبب يقتضيه لا على النسخ، إذ لا يصار إليه إلا إن تعذر الجمع وعلمنا التاريخ، وهذا بخلاف وليّ الصبيّ، فالأولى له عدم العفو؛ لأن ضربه للتأديب مصلحة له وضرب الزوج زوجته مصلحة لنفسه، والنشوز هو الخروج من المنزل بغير إذن الزوج لا إلى القاضي لطلب الحق منه، ولا إلى اكتسابها النفقة إذا أعسر بها الزوج ولا إلى استفتاء إذا لم يكن زوجها فقيهاً ولم يستفت لها وكمنعها الزوج من الاستمتاع ولو غير الجماع لا منعها له منه تدللاً ولا الشتم له ولا الإيذاء له باللسان أو غيره بل تأثم به وتستحق التأديب عليه ويتولى تأديبها بنفسه على ذلك، ولا يرفعها إلى قاض ليؤدّبها؛ لأن فيه مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيما بعد وتوحيشاً للقلوب، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً، وينبغي كما قال الزركشي تخصيص ذلك بما إذا لم يكن بينهما عداوة وإلا فيتعين الرفع إلى القاضي، ولو ضربها وادّعى أنه بسبب نشوز وادّعت عدمه ففيه احتمالان في الطلب. قال: والذي يقوى في ظني أن القول قوله؛ لأن الشرع جعله ولياً في ذلك، والوليّ يرجع إليه في مثل ذلك.

فائدة: ليس لنا موضع يضرب المستحق من منعه حقه غير هذا، والرقيق يمتنع من حق سيده، وللزوج منع زوجته من عيادة أبويها ومن شهود جنازتهما وجنازة ولدها، والأولى خلافه. ثم شرع فيما إذا كان التعدّي منه بقوله **(فلو منعها حقاً)** له **(كقسم ونفقة ألزمه القاضي توفيته)** إذا طلبته لعجزها عنه بخلاف نشوزها فإن له إجبارها على إيفاء حقه لقدرته، فإن لم يكن الزوج مكلفاً أو مكلفاً أو كان محجوراً عليه ألزم وليه توفيته بشرطه **(فإن أساء خلقه وآذاها)** بضرب أو غيره **(بلا سبب نهاه)** عن ذلك ولا يعزره **(فإن عاد)** إليه وطلبت تعزيره من القاضي **(عزره)** بما يليق به لتعدّيه عليها.

فائدة: الخلق بضمّ اللام وإسكانها: السجية والطبع، ولهما أوصاف حسنة وأوصاف قبيحة. وقد روي: «أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً»[1]، وقال القائل:

بِمَكَارِمِ الأَخْلَاقِ كُنْ مُتَخَلِّقَاً ... لِيَفُوحَ مِسْكُ ثَنَائِكَ العَطِرِ الشَّذِي
وَانْفَعْ صَدِيقَكَ إِنْ أَرَدْتَ صَدَاقَةً ... وَادْفَعْ عَدُوَّكَ بِالَّتِي فَإِذَا الَّذِي

الكامل

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢/ ٤٧٢ وأبو داود ٥/ ٦٠ (٤٦٨٢) والترمذي ٣/ ٤٦٦ (١١٦٢) وقال: حسن صحيح وابن حبان كذا في الموارد (١٣١١).

وَإِنْ قَالَ كُلٌّ إِنَّ صَاحِبَهُ مُتَعَدٍّ تَعَرَّفَ الْقَاضِي الحالَ بِثِقَةٍ يَخْبُرُهُمَا وَمَنَعَ الظَّالِمَ، فَإِنِ اشْتَدَّ الشِّقَاقُ بَعَثَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا،

أي بقية الآية، وإنما لم يعزره في المرّة الأولى وإن كان القياس جوازه إذا طلبته. قال السبكي: ولعلّ ذلك؛ لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين، والتعزير عليها يورث وحشة بينهما فيقتصر أوّلاً على النهي لعلّ الحال يلتئم بينهما، فإن عاد عزره وأسكنه بجنب ثقة يمنع الزوج من التعدّي عليها، وهل يحال بين الزوجين. قال الغزالي: يحال بينهما حتى يعود إلى العدل، ولا يعتمد قوله في العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن اهـ وفصل الإمام فقال: إن ظن الحاكم تعدّيه ولم يثبت عنده لم يحل بينهما وإن تحققه أو ثبت عنده وخاف أن يضربها ضرباً مبرّحاً لكونه جسوراً حال بينهما حتى يظن أنه عدل، إذ لو لم يحل بينهما واقتصر على التعزير لربما بلغ منها مبلغاً لا يستدرك اهـ وهذا ظاهر، فمن لم يذكر الحيلولة أراد الحال الأوّل. ومن ذكرها كالغزالي والحاوي الصغير والمصنف في تنقيحه أراد الثاني، والظاهر كما قال شيخنا إن الحيلولة بعد التعزير والإسكان وإن كان لا يتعدّى عليها لكنه يكره صحبتها لكبر أو مرض أو نحوه ويعرض عنها فلا شيء عليه. ويسن لها أن تستعطفه بما يحبّ كأن تسترضيه بترك بعض حقها كما تركت سودة نوبتها لعائشة، فكان ﷺ يقسم لها يومها ويوم سودة كما أنه يسن له إذا كرهت صحبته لما ذكر أن يستعطفها بما تحبّ من زيادة نفقة ونحوها، ثم شرع فيما إذا كان التعدّي منهما بقوله **(وإن قال كل)** من الزوجين **(إن صاحبه متعدّ)** عليه، وأشكل الأمر بينهما **(تعرّف القاضي الحال)** الواقع بينهما **(بثقة)** واحد **(يخبرهما)** بفتح المثناة التحتية أوّله وضم الباء الموحدة بعد الخاء المعجمة، ويكون الثقة جاراً لهما، فإن لم يتيسر أسكنهما في جنب ثقة يتعرّف حالهما ثم ينهي إليه ما يعرفه، واكتفى هنا بثقة واحد تنزيلاً لذلك منزلة الرواية لما في إقامة البينة عليه من العسر، وظاهر هذا أنه لا يشترط في الثقة أن يكون عدل شهادة بل يكفي عدل الرواية. ولهذا قال الزركشي: والظاهر من كلامهم اعتبار من تسكن النفس بخبره؛ لأنه من باب الخبر لا الشهادة **(و)** إذا تبين لها حالهما **(منع الظالم)** منهما من عوده لظلمه، وطريقه في الزوج ما سلف، وفي الزوجة بالزجر والتأديب كغيرها **(فإن اشتدّ الشقاق)** بكسر الشين أي الخلاف والعداوة بينهما مأخوذ من الشق، وهو الناحية، إذ كل واحد صار في ناحية، وذلك بأن دام بينهما التسابّ والتضارب وفحش ذلك **(بعث)** القاضي **(حكماً من أهله وحكماً من أهلها)** لينظر في أمرهما بعد اختلاء حكمه به وحكمها بها ومعرفة ما عندهما في ذلك، ولا يخفي حكم عن حكم شيئاً إذا اجتمعا ويصلحا بينهما أو يفرقا بطلقة إن عسر الإصلاح على ما يأتي لآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ [النساء: ٣٥] والخطاب فيها للحكام، وقيل: للأولياء والبعث واجب كما صححه في زيادة الرّوضة، وجزم به الماوردي وإن صحح في المهمات الاستحباب لنقل البحر له عن نصّ الشافعي. وقال الأذرعي: بل ظاهر نصّ الأمّ الوجوب، وأما كونهما من أهلهما فمستحب غير مستحق إجماعاً كما في النهاية؛ لأن القرابة لا تشترط في

وَهُمَا وَكِيلَانِ لَهُمَا، وَفِي قَوْلٍ مُوَلَّيَانِ مِنَ الحَاكِمِ، فَعَلَى الأَوَّلِ يُشْتَرَطُ رِضَاهُمَا فَيُوَكِّلُ حَكَمَهُ بِطَلَاقٍ وَقَبُولِ عِوَضِ خُلْعٍ، وَتُوَكِّلُ حَكَمَهَا بِبَذْلِ عِوَضٍ وَقَبُولِ طَلَاقٍ بِهِ.

الحاكم ولا في الوكيل.

تنبيه: اقتضى كلام المصنف عدم الاكتفاء بحكم واحد، وهو الأصح لظاهر الآية، ولأن كلاً من الزوجين يتهمه ولا يفشي إليه سرّه **(وهما وكيلان)** في الأظهر **(لهما)** أي عنهما **(وفي قول)** هما حاكمان **(موليان من الحاكم)** واختاره جمع؛ لأن الله تعالى سماهما حكمين، والوكيل مأذون ليس بحكم، ووجه الأوّل أن الحال قد يؤدّي إلى الفراق، والبضع حقّ الزوج، والمال حقّ الزوجة، وهما رشيدان، فلا يولى عليهما، ولأن الطلاق لا يدخل تحت الولاية إلا في المولى، وهو خارج عن القياس **(فعلى الأوّل يشترط رضاهما)** ببعث الحكمين، ويشترط في الحكمين: التكليف، والإسلام، والحرية، والعدالة، والاهتداء إلى المقصود بما بعثا له، ولا يشترط فيهما الذكورة وإنما اشترط فيهما ذلك مع أنهما وكيلان لتعلق وكالتهما بنظر الحاكم كما في أمينه **(فيوكل)** الزوج إن شاء **(حكمه بطلاق وقبول عوض خلع، وتوكل)** الزّوجة إن شاءت **(حكمها ببذل عوض)** للخلع **(وقبول طلاق به)** أي العوض كسائر الوكلاء، ويفرق الحكمان بينهما إن رأياه صواباً، وإن اختلف رأيهما بعث القاضي اثنين غيرهما حتى يجتمعا على شيء، فإن أغمى على أحدهما أو جن قبل البعث لم يجز بعث الحكمين، وإن غاب أحدهما بعد بعث الحكمين نفذ أمرهما كما في سائر الوكلاء، فإن لم يرض الزوجان ببعث الحكمين ولم يتفقا على شيء أدّب القاضي الظالم منهما واستوفى للمظلوم حقه ويعمل بشهادة الحكمين، وعلى القول الثاني يشترط في الحكمين الذكورة زيادة على ما مرّ لا الاجتهاد، ولا يشترط رضا الزوجين ببعثهما ويحكمان بما يرياه مصلحة من الجمع والتفريق.

خاتمة: يعتبر رشد الزوجة ليتأتى بذلها العوض لا رشد الزوج؛ لأنه يجوز خلع السفيه فيجوز توكيله فيه، ولو قال الزوج لوكيله: خذ مالي منها ثم طلقها أو طلقها على أن تأخذ مالي منها اشترط تقديم أخذ المال على الطلاق، وكذا لو قال: خذ مالي منها وطلقها كما نقله في الروضة عن تصحيح البغوي وأقرّه؛ لأن الوكيل يلزمه الاحتياط فيلزمه ذلك وإن لم تكن الواو للترتيب، فإن قال: طلقها ثم خذ مالي منها جاز تقديم أخذ المال على ما ذكر؛ لأنه زيادة خير. قال الأذرعي: وكالتوكيل من جانب الزوج فيما ذكر التوكيل من جانب الزوجة كأن قالت: خذ مالي منه ثم اختلعني.

كِتَابُ الخُلْعِ

هُوَ فُرْقَةٌ بِعِوَضٍ بِلَفْظِ طَلَاقٍ أَوْ خُلْعٍ ،

كِتَابُ الخُلْعِ

بضم الخاء من الخلع بفتحها، وهو النزع؛ لأن كلاً من الزوجين لباس الآخر. قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧] فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه، و(هو) في الشرع (فرقة) بين الزوجين (بعوض) مقصود راجع لجهة الزوج[1] **(بلفظ طلاق أو خلع)** كقوله: طلقتك، أو خالعتك على كذا فتقبل، وسيأتي صحته بكنايات الطلاق، فالمراد بقوله بلفظ طلاق لفظ من ألفاظه صريحاً كان أو كناية ولفظ الخلع من ذلك كما سيأتي، وصرّح به؛ لأنه الأصل في الباب وخرج بمقصود الخلع بدم ونحوه فإنه رجعي ولا مال، ودخل براجع لجهة الزوج وقوع العوض للزوج ولسيده، وما لو خالعت بما ثبت لها من قود أو غيره، وخرج به ما لو علق الطلاق بالبراءة من مالها على غيره فيصح رجعياً. والأصل في الباب قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ﴾ [النساء: ٤] والأمر به في خبر البخاري: «في امرأة ثابت بن قيس بقوله له: اقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْها تَطْلِيقَة» وهو أوّل خلع وقع في الإسلام، والمعنى فيه أنه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء والخلع كالبيع، وأيضاً فيه دفع الضرر عن المرأة غالباً، ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع: لقوله ﷺ: «أَبْغَضُ

---

(١) الخلع لغة: النزع، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر فكأن كل واحد نزع لباسه منه، وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه وطلقها على الفدية.

انظر: لسان العرب ١٢٣٢/٢، المصباح المنير ٢٤٣/١، المطلع ٣٣١.

واصطلاحاً: عرفه الأحناف بأنه: عبارة عن أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع.

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض.

وعرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة.

انظر: تبيين الحقائق ٢٦٧/٢، شرح فتح القدير ١٨٨/٤، حاشية ابن عابدين ٤٢٢/٣، الشرح الصغير للدردير ٣١٩/٣، بداية المجتهد ٩٨/٢، الكافي ٥٩٧/٢، كشف القناع ٢١٢/٥، المغني ٥٣٦/٧.

شَرْطُهُ زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ، فَلَوْ خَالَعَ

الحَلَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ»(١). قال في التنبيه إلا في حالتين: إحداهما: أن يخافا أو أحدهما أن لا يقيما حدود الله أي ما افترضه في النكاح: لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية. وذكر الخوف في الآية جرى على الغالب؛ لأن الغالب وقوع الخلع في حالة التشاجر، ولأنه إذا جاز حالة الخوف وهي مضطرة إلى بذل المال ففي حالة الرضا أولى، وبالقياس على الإقالة في البيع. الحالة الثانية: أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل شيء لا بدّ له منه أي كالأكل والشرب وقضاء الحاجة فيخلعها ثم يفعل الأمر المحلوف عليه ثم يتزوّجها فلا يحنث لانحلال اليمين بالفعلة الأولى، إذ لا يتناول إلا الفعلة الأولى وقد حصلت، فإن خالعها ولم يفعل المحلوف عليه ففيه قولان: أصحهما أنه يتخلص من الحنث، فإذا فعل المحلوف عليه بعد النكاح لم يحنث؛ لأنه تعليق سبق هذا النكاح فلم يؤثر فيه كما إذا علق الطلاق قبل النكاح فوجدت الصفة بعد النكاح.

تنبيه: ظاهر كلامهم حصول الخلاص بالخلع ولو كان المحلوف على فعله مقيداً بمدّة وهو كذلك، وخالف في ذلك بعض المتأخرين. قال السبكي: دخلت على ابن الرفعة فقال لي: استفتيت عمن حلف بالطلاق الثلاث لا بدّ أن يفعل كذا في هذا الشهر فخالع في الشهر فافتيت بتخلصه من الحنث ثم ظهر لي أنه خطأ ووافقني البكري على التخلص فبينت له أنه خطأ. قال السبكي: ثم سألت الباجي ولم أذكر له كلام ابن الرفعة فوافقه، قال: ثم رأيت في الرافعي في آخر الطلاق: أنه لو قال: إن لم تخرجي في هذه الليلة من هذه الدار فأنت طالق ثلاثاً فخالع مع أجنبي من الليل وجدّد النكاح ولم تخرج لم يقع الطلاق؛ لأن الليل كله محل اليمين ولم يمض الليل وهي زوجة له حتى يقع الطلاق، وأنه لو كان بين يديه تفاحتان فقال لزوجته: إن لم تأكلي هذه التفاحة اليوم فأنت طالق ثلاثاً، ولأمته إن لم تأكلي هذه الأخرى اليوم فأنت حرّة فاشتبهت تفاحة الطلاق وتفاحة العتق، فذكر طريقين عن بعض الأصحاب في الخلاص، ثم قال: فلو خالع زوجته ذلك اليوم وباع الأمة ثم جدّد النكاح واشترى الأمة خلص، وظاهر هذين الفرعين مخالف لما قاله ابن الرفعة والباجي اهـ وهو كما قال فالمعتمد إطلاق كلام الأصحاب، وذكرت في شرح التنبيه صوراً أخرى، ولا يكره الخلع فيها فليراجعه من أراد. وأركان الخلع خمسة: ملتزم لعوض، وبضع، وعوض، وصيغة، وزوج، وبدأ به فقال: **(شرطه)** أي ركنه **(زوج يصح)** أي ينفذ **(طلاقه)** يعني أن يكون الزوج يصح طلاقه بأن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً كما سيأتي في بابه وذلك؛ لأن الخلع طلاق فالزوج ركن لا شرط، وكونه يصح طلاقه شرط في الزوج، فلا يصح من صبي ومجنون ومكره كطلاقهم **(فلو خالع**

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/٦٣١ (٢١٧٨) وابن ماجه ١/٦٥٠ (٢٠١٨) والحاكم ٢/١٩٦ وقال: صحيح وقال الذهبي: على شرط مسلم.

عَبْدٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ صَحَّ، وَوَجَبَ دَفْعُ الْعِوَضِ إِلَى مَوْلَاهُ وَوَلِيِّهِ، وَشَرْطُ قَابِلِهِ إِطْلَاقُ تَصَرُّفِهِ فِي الْمَالِ، فَإِنِ اخْتَلَعَتْ أَمَةٌ بِلَا إِذْنِ سَيِّدٍ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنِ مَالِهِ بَانَتْ،

عبد) ولو مدبراً **(أو محجور عليه بسفه صح)** بإذن ودونه بمهر المثل أو أقل، إذ لكل منهما أن يطلق مجاناً فبعوض أولى **(ووجب دفع العوض)** عيناً كان أو ديناً **(إلى مولاه)** أي العبد ويملكه مولاه قهراً، وإن لم يأذن كسائر أكسابه، ويستثنى من إطلاقه المكاتب فإنه يجب التسليم إليه لاستقلاله، والمبعض إن خالع وبينه وبين سيده مهايأة وقبض في نوبته صح، وأما في نوبة سيده فلا يقبض شيئاً، وإن لم يكن مهايأة قبض ما يخص حرّيته والعبد المأذون على أحد وجهين في الحاوي بلا ترجيح يقبض أيضاً ما خالع به **(ووليه)** أي المحجور عليه بسفه كسائر أمواله، فإن سلمت العوض إلى السفيه بغير إذن الوليّ وهو دين لم تبرأ ويسترده منه، نعم إن بادر الوليّ فأخذه منه برئت: كما في الشامل والبحر، فإن تلف في يده فلا ضمان في الحال ولا بعد رشده، وهل يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى؟ وجهان في الحاوي أوجههما لا، أو وهو عين وعلم الوليّ أخذها منه، فإن تركها حتى تلفت فهل يضمن أو لا؟ وجهان، أوجههما الأوّل كما قاله بعض المتأخرين، وإن لم يعلم الوليّ فتلفت فهي مفرطة فتضمن مهر المثل لا قيمة العين والتسليم إلى العبد كالسفيه، لكن المختلع له مطالبته بعد العتق بما تلف تحت يده بخلاف السفيه لا يطالب أصلاً كما مرّ، أما قبضها بإذن فيصح ولو علق بالدفع إليه كأن قال: إن دفعت إليّ كذا فأنت طالق كان لها أن تدفعه إليه لا إلى وليه؛ لأنه فيما مرّ ملكه قبل الدفع، وفي هذه إنما يملكه بالدفع إليه، وعلى وليه المبادرة إلى أخذه منه، فإن لم يأخذه منه حتى تلف فلا غرم فيه على الزوجة، كما نقله الأذرعي عن الماوردي، ولو دفعته إلى وليه لم تطلق لعدم وجود المعلق عليه.

تنبيه: أسقط المصنف من المحرّر خلع المفلس لتقدّمه في بابه ثم شرع في الركن الثاني وهو الملتزم فقال **(وشرط قابله)** أي الخلع أو ملتمسه ليصح خلعه من زوجة أو أجنبي **(إطلاق تصرّفه في المال)** بكونه مكلفاً غير محجور عليه أي بالنسبة لثبوت المال، أما الطلاق فلا يعتبر في قابله ذلك بل صحة عبارته فقط. وللحجر أسباب خمسة: ذكر المصنف منها ثلاثة: الرق، والسفه، والمرض، وأسقط الصبا والجنون؛ لأن الخلع معهما لغو، ولو كانت المختلعة مميزة كما جرى عليه ابن المقري لانتفاء أهلية القبول فلا عبرة بعبارة الصغيرة والمجنونة بخلاف السفيهة وجعل البلقيني المميزة كالسفيهة. ثم شرع في السبب الأوّل: فقال **(فإن اختلعت أمة بلا إذن سيد)** لها مطلق التصرّف **(بدين)** في ذمتها **(أو عين ماله)** أي السيد أو عين مال أجنبي أو عين غير مملوكة كخمر **(بانت)** في الجميع لوقوعه بعوض فاسد.

تنبيه: محل ذلك إذا نجز الطلاق، فإن قيده بتمليك تلك العين لم تطلق: كما قاله

وَلِلزَّوْجِ فِي ذِمَّتِهَا مَهْرُ مِثْلٍ فِي صُورَةِ الْعَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ قِيمَتُهَا، وَفِي صُورَةِ الدَّيْنِ الْمُسَمَّى، وَفِي قَوْلٍ مَهْرُ مِثْلٍ ،وَإِنْ أَذِنَ وَعَيَّنَ عَيْناً لَهُ أَوْ قَدَّرَ دَيْناً فَامْتَثَلَتْ تَعَلَّقَ بِالْعَيْنِ وَبِكَسْبِهَا في الدَّيْنِ،وَإِنْ أَطْلَقَ الإِذْنَ اقْتَضَى مَهْرَ الْمِثْلِ مِنْ كَسْبِهَا،وَإِنْ خَالَعَ سَفِيهَةً

الماوردي (**وللزوج في ذمتها**) إذا بانت (**مهر مثل في صورة العين**) لأنه المراد حينئذ (**وفي قول قيمتها**) إن كانت متقوّمة، وإلا فمثلها، ولو عبر بالبدل كما عبر به الرافعي لكان أعم (**وفي صورة الدين المسمى**) كما في الروضة وأصلها كما يصح التزام الرقيق بطريق الضمان ويتبع به بعد العتق (**وفي قول مهر مثل**) ورجحه في المحرّر والشرح الصغير: كما لو تزوّج العبد بغير إذن سيده ووطىء.

تنبيه: أشار بقوله: في ذمتها إلى أنه يتبعها بعد العتق ولا مطالبة له الآن قطعاً، وتأخير المطالبة إلى العتق واليسار ثبت بالشرع فلا تضرّ جهالة وقته، ولو خالعت الأمة بمال وشرطته بعد عتقها فسد ورجع بمهر المثل بعد العتق. قال السبكي: وهذا عجيب؛ لأنه شرط يوافق مقتضى العقد ويفسده (**وإن أذن**) السيد لها في الاختلاع ولو كانت سفيهة كما هو مقتضى نصّ الأمّ (**وعين**) لها من ماله (**عيناً له**) لها تختلع بها (**أو قدّر**) لها (**ديناً**) في ذمتها كالدينار (**فامتثلت تعلق**) الزوج (**بالعين**) في صورتها (**وبكسبها في**) صورة (**الدين**) وبما في يدها من مال التجارة إن كانت مأذونة كمهر العبد في النكاح المأذون فيه، وإن لم تكن مكتسبة ولا مأذونة ففي ذمتها تتبع به بعد عتقها ويسارها ولا يكون السيد بإذنه في الخلع بالدين ضامناً له كمهر النكاح في العبد المأذون فيه (**وإن أطلق**) السيد (**الإذن**) لأمته فلم يذكر عيناً ولا ديناً (**اقتضى مهر المثل من كسبها**) ومما بيدها من مال التجارة إن كانت مأذونة كما لو أذن لعبده في النكاح، واحترز بقوله: فامتثلت عما إذا زادت على المأذون فيه أو على مهر المثل عند الإطلاق، فالزيادة تطالب بها بعد العتق. ويستثنى من التعليق بالعين ما لو أذن لها أن تخالع وهي تحت حرّ أو مكاتب برقبتها فإنه لا يصح، إذ لو صح لقارنت الفرقة ملك الرّقبة؛ لأن العوضين يتساويان، وملك المنكوحة يمنع وقوع الطلاق كما لو علق طلاق زوجته وهي أمة غير مدبرة مملوكة لأبيه بموته فمات لم تطلق؛ لأن ملك الزوج لها حالة موت أبيه يمنع وقوع الطلاق، فلو كانت مدبرة طلقت لعتقها بموت الأب، هذا كله في القنة. أما المبعضة، فإن خالعت على ما ملكته فهي كالحرّة، أو على ما يملكه السيد لم يصح وكانت كالأمة، وإن خالعت على الأمرين صارت الصفقة جامعة لأمرين حكمهما على ما يوجب تفريق الصفقة. وأما المكاتبة فالأصح أنها كالقنة في جميع ما مرّ فيها كما صححه المصنف كالرّافعي في باب الكتابة تبعاً للجمهور، واقتضاه كلام الرّافعي هنا، وما وقع في أصل الرّوضة هنا من أن المذهب، والمنصوص أن خلعها بإذن كهو بلا إذن لا يطابق ما في الرافعي، بل قال في المهمات: إنه غلط. ثم شرع في السبب الثاني، فقال (**وإن خالع**) بعد الدخول (**سفيهة**) أي محجوراً عليها بسفه بلفظ الخلع كأن

أَوْ قَالَ طَلَّقْتُكِ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ طُلِّقَتْ رَجْعِيًّا، فَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ لَمْ تُطَلَّقْ، وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ الْمَرِيضَةِ مَرَضَ الْمَوْتِ، وَلَا يُحْسَبُ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا زَائِدٌ عَلَى مَهْرِ مِثْلٍ، وَرَجْعِيَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ، لَا بَائِنٍ،

قال: خالعتك على ألف (**أو قال طلقتك على ألف فقبلت طلقت رجعياً**) ولغا ذكر المال؛ لأنها ليست من أهل التزامه وإن أذن لها الوليّ، وليس لوليها صرف مالها في مثل ذلك، وخرج ببعد الدخول ما إذا كان قبله فإنه يقع بائناً ولا مال. قال المصنف في نكته: وهو واضح، وبمحجور عليها ما إذا سفهت بعد رشدها ولم يحجر عليها فإنه يصح تصرّفها على الأصح.

تنبيه: محلّ وقوع الطلاق إذا لم يعلق الطلاق على شيء. أما لو قال لها: إن أبرأتني فأنت طالق، فقالت في الحال أبرأتك لم يقع الطلاق صرّح به الخوارزمي في الكافي كما نقله البلقيني عنه واعتمده، وإن أفتى السبكي بوقوع الطلاق، إذ لا وجه له؛ لأن الصفة المعلق عليها وهي الإبراء لم توجد فلا يقع الطلاق، وللبلقيني في صورة التعليق بالإعطاء احتمالان أرجحهما عنده أنها لا تطلق بالإعطاء، وهو كذلك، فإنه لا يحصل به الملك، والثاني: أنه لو سلخ الإعطاء عن معناه الذي هو التمليك إلى معنى الإقباض فتطلق رجعياً (**فإن لم تقبل لم تطلق**) هو تصريح بمفهوم ما قبله؛ لأن الصفة تقتضي القبول فأشبهت الطلاق المعلق على صفة، ولا بدّ من حصولها، ولو قال لرشيدة ومحجور عليها بسفه: خالعتكما بألف فقبلت إحداهما فقط لم يقع طلاق على واحدة منهما؛ لأن الخطاب معهما يقتضي القبول منهما، فإن قبلتا بانت الرّشيدة لصحة التزامها بمهر المثل للجهل بما يلزمها من المسمى وطلقها السفيهة رجعياً لما مرّ، ثم شرع في السبب الثالث، فقال (**ويصح اختلاع المريضة**) أي التي مرضت (**مرض الموت**) لأن لها صرف مالها في أغراضها وملاذها بخلاف السفيهة كما للمريض أن ينكح أبكاراً بمهور أمثالهن من غير حاجة (**ولا يحسب من الثلث إلا**) قدر (**زائد على مهر مثل**) بخلاف مهر المثل وأقلّ منه فمن رأس المال؛ لأن التبرّع إنما هو بالزائد فهو كالوصية للأجنبي ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثاً بجهة أخرى غير الزوجية كابن عم أو معتق. فإن قيل: قد جعلوا خلع المكاتب تبرعاً وإن كان بمهر المثل أو أقل فهلا كان المريض كذلك؟ أجيب بأن تصرف المريض أتمّ، ولهذا وجب عليه نفقة الموسرين بخلاف المكاتب، ويصح خلع المريض مرض الموت بدون مهر المثل؛ لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع. ثم شرع في الركن الثالث وهو البضع، وشرطه أن يملكه الزوج فقال (**و**) يصح اختلاع (**رجعية في الأظهر**) لأنها في حكم الزوجات في كثير من الأحكام. والثاني: لا، لعدم الحاجة إلى الافتداء لجريانها إلى البينونة، ويستثنى كما قال الزركشي ما لو عاشر الرجعية معاشرة الأزواج بلا وطء وانقضت الأقراء أو الأشهر وقلنا يلحقها الطلاق ولا يراجعها وهو الأصح كما سيأتي، فينبغي أن لا يصح خلعها لأنها بائن إلا في الطلاق (**لا بائن**) بخلع أو

وَيَصِحُّ عِوَضُهُ قَلِيلاً وَكَثِيراً دَيْناً وَعَيْناً وَمَنْفَعَةً، وَلَوْ خَالَعَ بِمَجْهُولٍ أَوْ خَمْرٍ بَانَتْ بِمَهْرِ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ بِبَدَلِ الخَمْرِ،

غيره فلا يصح خلعها إذ لا يملك بضعها حتى يزيله، وحكى الماوردي فيه إجماع الصحابة. قال: ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق واحدة، وطالق ثانية، وطالق ثالثة، فإن أراد بالعوض الأولى وقعت دون الأخيرتين، أو الثانية وقعت الأولتان دون الثالثة. أو الثالثة وقعت الثلاث، والخلع في الردّة من الزوجين أو أحدهما، وفي إسلام أحد الزوجين الوثنيين بعد الدخول موقوف. ثم شرع في الركن الرابع، وهو العوض فقال **(ويصح عوضه)** أي الخلع **(قليلاً وكثيراً ديناً وعيناً ومنفعة)** لعموم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولأنه عقد على منفعة البضع، فجاز بما ذكر كالصداق، ويستثنى من إطلاقه المنفعة صورتان: إحداهما الخلع على أنه بريء من سكناها، ففي البحر يقع الطلاق ولا يجوز البدل؛ لأن إخراجها من المسكن حرام، فلها السكنى وعليها مهر المثل. ثانيتهما: الخلع على تعليم شيء من القرآن، فقضية قولهم في الصداق حيث قالوا بالتعذر: إنه لا يصح **(و)** يشترط في العوض شروط الثمن من كونه متموّلاً معلوماً مقدوراً على تسليمه فعلى هذا **(لو خالع بمجهول)** كأحد العبدين **(أو خمر)** معلومة أو نحوها مما لا يتملك **(بانت بمهر مثل)** لأنه المراد عند فساد العوض **(وفي قول ببدل الخمر)** وهو قدرها من العصير كالقولين في إصداقها.

تنبيه: أشار بالتمثيل بالخمر إلى النجس المقصود فخرج ما لا يقصد كالدم فإنه يقع رجعياً؛ لأنه لم يطمع في شيء. قال الرافعي: وقد يتوقف في هذا، فإن الدم قد يقصد لأغراض، وردّه ابن الرفعة بأنها أغراض تافهة فهي كالعدم، ولا يخفى أن خلع الكفار بعوض غير مال صحيح كما في أنكحتهم، فإن وقع إسلام بعد قبضه كله فلا شيء له عليها، أو قبل قبض شيء منه فله مهر المثل، أو بعد قبض بعضه فالقسط، ولو خالعها على عين فتلفت قبل القبض أو خرجت مستحقة أو معينة فردّها، أو فاتت منها صفة مشروطة فردّها رجع عليها بمهر المثل، والعوض في يدها كالمهر في يده في أنه مضمون ضمان عقد، وقيل: ضمان يد، ومحل البينونة بالمجهول إذا لم يكن فيه تعليق، أو علق بإعطاء مجهول يمكن إعطاؤه مع الجهالة. أما إذا قال: إن أبرأتني من صداقك، أو من دينك فأنت طالق فأبرأته وهي جاهلة به لم تطلق؛ لأن الإبراء لم يصح فلم يوجد ما علق عليه الطلاق، قاله السبكي وهو المعتمد وكلام الماوردي يوافقه، وفي كلام القفال ما يدل عليه، وفي كلام ابن الصلاح ما يخالفه، وجرى عليه في الأنوار فقال: لو قال: إن أبرأت فأنت طالق، فأبرأته جاهلة به لم تطلق، بخلاف إن أبرأتني، ومحل وقوع الطلاق عند التعليق بالبراءة من الصداق، أو الدين إذا كان معلوماً ما إذا لم يتعلق بذلك الدين زكاة، فإن تعلقت به الزكاة وأبرأته لم يقع الطلاق؛ لأن الطلاق معلق على البراءة من جميع الدين، والدين قد استحق بعضه الفقراء، فلا تصح البراءة

وَلَهُمَا التَّوْكِيلُ، فَلَوْ قَالَ لِوَكِيلِهِ خَالِعْهَا بِمَائَةٍ لَمْ يَنْقُصْ مِنْهَا، وَإِنْ أَطْلَقَ لَمْ يَنْقُصْ عَنْ مَهْرِ مِثْلٍ، فَإِنْ نَقَصَ فِيهِمَا

من ذلك البعض فلم توجد الصفة، كما لو باع المال الذي تعلقت به الزكاة بعد الحول فإنه يبطل في قدرها، نبه عليه ابن العماد وهو حسن وإن نظر فيه بعضهم.

فائدة: الإبراء من جهة المبرىء تمليك، ومن جهة المبرىء إسقاط فيشترط علم الأول دون الثاني، هذا إذا لم يؤول الأمر فيه إلى معاوضة كما هنا وإلا فيشترط علمهما. قال الزركشي في قواعده: أما في الخلع فلا بدّ من علم الزوج بمقدار ما أبرأته منه قطعاً لأنه يؤول إلى المعاوضة. قال: وقد غلط في هذه المسألة جماعة وأخذوا بظاهر كلام الأصحاب أنه لا يشترط علم المبرأ على إطلاقه، ويستثنى من البينونة بالخمر ما لو خالع مع غير الزوجة من أب أو أجنبي على هذا الخمر، أو المغصوب، أو عبدها هذا، أو على صداقها ولم يصرّح بنيابة ولا استقلال، بل أطلق فيقع رجعياً، وليس لنا صورة تقع بسبب ذلك رجعياً ولا مهر سواها.

فرع: لو خالعها بما في كفها ولم يكن فيه شيء، ففي الرافعي عن الوسيط وقوع الطلاق رجعياً، وعن غيره وقوعه بائناً. ثم قال: ويشبه أن يكون الأوّل فيما إذا كان عالماً بالحال. والثاني: فيما إذا ظنّ أن في كفها شيئاً. وقال المصنف: المعروف الذي أطلقه الجمهور وقوعه بائناً بمهر المثل، وصوّبه في فتاويه، وهذا موافق لما نقلاه في فتاوى البغوي وأقرّاه من ترجيح أنها تبين بمهر المثل فيما لو خالعها ببقية مهرها ولم يكن بقي منه شيء، ووجه ما جرى عليه المصنف الجوجري بأن ما في بما في كفها نكرة أو موصولة وكلاهما بمعنى شيء وإسناده إلى كفها يشبه إسناد الإقرار بشيء يرفعه فيلغو. فإن قيل: هذا يشكل بوقوعه رجعياً في خلع بدم. أجيب بأن الدم لا يقصد كما مرّ فذكره صارف للفظ عن العوض بخلاف خلعها على ما في كفها ولو مع علمه بأنه لا شيء فيه إذ غايته أنه كالسكوت عن ذكر العوض وهو لا يمنع البينونة ووجوب مهر المثل، ولو خالعها بمعلوم ومجهول فسد المسمى ووجب مهر المثل، بخلاف الخلع على صحيح وفاسد معلوم نشأ فاسده من غير الجهالة فيصح في الصحيح، ويجب في الفاسد ما يقابله من مهر المثل **(و)** يجوز **(لهما)** أي الزوجين **(التوكيل)** في الخلع؛ لأنه عقد معاوضة كالبيع، وهذا واضح، وإنما ذكر توطئة لبيان مخالفة الوكيل **(فلو قال)** الزوج **(لوكيله: خالعها بمائة)** من دراهم مثلاً معلومة **(لم ينقص)** وكيله **(منها)** لأنه دون المأذون فيه، وأفهم جواز الزيادة عليها وهو كذلك إن كانت من جنسها قطعاً كمائة وعشرة، وكذا من غيره على الأصح كمائة وثوب. فإن قيل: ينبغي أن لا يصح فيما إذا زاد، كما لو قال: بعه من زيد بكذا فباعه بأكثر؛ لأنه قد يقصد محاباته. أجيب بأن الخلع إنما يقع غالباً عند الشقاق ومع ذلك يبعد قصد المحاباة **(وإن أطلق)** الإذن لوكيله كخلعها بمال أو سكت عنه **(لم ينقص عن مهر مثل)** لأن المردّ، وله أن يزيد عليه من جنسه وغيره كما مرّ **(فإن نقص فيهما)** بأن خالع بدون المائة

لَمْ تُطَلَّقْ، وَفِي قَوْلٍ يَقَعُ بِمَهْرِ مِثْلٍ ، وَلَوْ قَالَتْ لِوَكِيلِهَا اخْتَلِعْ بِأَلْفٍ فَامْتَثَلَ نَفَذَ، وَإِنْ زَادَ فَقَالَ اخْتَلَعْتُهَا بِأَلْفَيْنِ مِنْ مَالِهَا بِوَكَالَتِهَا بَانَتْ، وَيَلْزَمُهَا مَهْرُ مِثْلٍ ، وَفِي قَوْلٍ الْأَكْثَرُ مِنْهُ وَمِمَّا سَمَّتْهُ، وَإِنْ أَضَافَ الْوَكِيلُ الْخُلْعَ إِلَى نَفْسِهِ فَخُلْعُ أَجْنَبِيٍّ وَالْمَالُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَالْأَظْهَرُ أَنَّ عَلَيْهَا مَا سَمَّتْ وَعَلَيْهِ الزِّيَادَةُ،

في الأولى وبدون مهر المثل في الثانية نقصاً فاحشاً وهو ما لا يحتمل غالباً **(لم تطلق)** للمخالفة كما لا ينفذ بيعه في مثل هذا **(وفي قول يقع)** الطلاق **(بمهر مثل)**لفساد المسمى بنقصه عن المأذون فيه والمردّ، ورجحه في أصل الروضة وتصحيح التنبيه في الثانية، ونقله الرافعي عن الأكثرين، بخلاف الأولى للمخالفة فيها لصريح الإذن، وهذا هو المعتمد كما قال الإسنوي: إن الفتوى عليه.

تنبيه: يلتحق بنقصانه عن المسمى أو مهر المثل ما لو خالع بمؤجل أو بغير نقد البلد **(ولو قالت لوكيلها: اختلع بألف)** من الدراهم مثلاً **(فامتثل نفذ)** لوقوعه كما أمرته، وكذا إن اختلع بأقلّ من ألف كما في المحرّر وحذفه المصنف؛ لأنه يفهم من باب أولى، وفي تسليم الوكيل الألف بغير إذن جديد وجهان أوجههما كما قاله بعض المتأخرين المنع **(وإن زاد)** وكيلها على ما سمته له **(فقال: اختلعتها بألفين)** مثلاً **(من مالها بوكالتها بانت)** على النص **(ويلزمها مهر مثل)** لفساد المسمى بزيادته على المأذون فيه، سواء أكان زائداً على ما سمت للوكيل أم ناقصاً **(وفي قول:)** يلزمها **(الأكثر منه)** أي مهر المثل **(ومما سمته)** للوكيل؛ لأن مهر المثل إن كان أكثر فهو المرجوع إليه عند فساد المسمى، فإن كان الذي سمته أكثر فقد رضيت به.

تنبيه: ما ذكره المصنف في حكاية هذا القول تبع فيه المحرر، والصواب فيه ما جوّزاه في الشرح والروضة أنه الأكثر مما سمته هي، ومن أقلّ الأمرين من مهر المثل، ومما سماه الوكيل، ولو قال المصنف: ما لم يزد مهر المثل على مسمى الوكيل، فإن زاد وجب ما سماه لاستقام، فلو كان مهر المثل ألفين وسمت ألفاً فسمى الوكيل ألفاً وخمسمائة لزمها على قضية ما في الكتاب، وعلى القول الثاني ألفان، وعلى ما في الشرح والروضة ألف وخمسمائة، ولا يطالب وكيلها بما لزمها إلا إن ضمن كأن يقول: على أني ضامن، فيطالب بما سمي وإن زاد على مهر المثل **(وإن)** لم يقل الوكيل في الصورة المتقدمة بوكالتها بل **(أضاف الوكيل الخلع إلى نفسه فخلع أجنبي)** وهو صحيح كما سيأتي **(والمال عليه)** ولا شيء عليها منه؛ لأن إضافته إلى نفسه إعراض عن التوكيل واستبداد بالخلع مع الزوج **(وإن أطلق)** الوكيل الخلع بأن لم يضفه إليه ولا إليها وقد نواها **(فالأظهر أن عليها ما سمت)** لالتزامها إياه **(وعليه الزيادة)** لأنها لم ترض بأكثر مما سمته، فعلى كل منهما في الصورة المذكورة ألف، لكن يطالب بما سماه؛ لأنه التزمه بعقده ثم يرجع بما سمته إذا غرمه، وللزوج مطالبتها بما لزمها. والثاني: عليها أكثر

وَيَجُوزُ تَـوْكِيلُهُ ذِمِّيّـاً وَعَبْـداً وَمَحْجُوراً عَلَيْـهِ بِسَفَهٍ، وَلَا يَجُوزُ تَوْكِيلُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي قَبْضِ الْعِوَضِ، وَالْأَصَحُّ صِحَّةُ تَوْكِيلِهِ امْـرَأَةً بِخُلْعِ زَوْجَتِهِ أَوْ طَلَاقِهَا، وَلَوْ وَكَّلَا

الأمرين مما سمعته ومن مهر المثل ما لم يزد على مسمى الوكيل كما مرّ، وعليه التكملة إن نقص عنه، ولو أضاف الوكيل ما سمته إليها والزيادة إلى نفسه ثبت المال كذلك، ولو أطلقت التوكيل بالاختلاع فكأنها قدرته مهر المثل فلا يزيد الوكيل عليه، فإن زاد عليه وجب مهر مثل وعليه ما زاد، كما لو زاد على المقدّر، ولو خالع وكيلها الزوج بنحو خمر كخنزير ولو بإذنها فيه نفذ؛ لأنه وقع بعوض مقصود ولزمها مهر المثل لفساد العوض، وإن خالع وكيل الزوج بنحو خمر وكان قد وكله بذلك نفذ أيضاً بمهر المثل لما مرّ. نعم إن خالف وكيله فأبدل خمراً وكله بالخلع بها بخنزير لغا؛ لأنه غير مأذون فيه (ويجوز توكيله) أي الزوج في الخلع ولو من مسلمة (ذمّياً) أو غيره ولو عبر بالكافر كان أولى؛ لأنه قد يخالع المسلمة أو يطلقها ولو كان وثنياً، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف وخالعها في العدة أو طلقها ثم أسلم حكم بصحة الخلع والطلاق (و) يجوز توكيله (عبداً) وإن لم يأذن السيد (ومحجوراً عليه بسفه) وإن لم يأذن الوليّ إذ لا يتعلق بالوكيل هنا عهدة (ولا يجوز) بمعنى لا يصح (توكيل محجور عليه) بسفه (في قبض العوض) لأنه ليس أهلاً له، فإن وكله وقبض كان الزوج مضيعاً لماله، ويبرأ المخالع بالدفع، قاله في التتمة وأقرّاه، وحمله السبكي وغيره على عوض معين أو غير معين، وعلق الطلاق بدفعه، فإن كان في الذمة لم يصح القبض؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، فإذا تلف كان على الملتزم وبقي حق الزوج في ذمته.

تنبيه: كلام المصنف يفهم امتناع توكيل الزوجة لهؤلاء وليس على إطلاقه بل يجوز توكيلها الكافر والعبد وإن لم يأذن له السيد، فإن أضاف المال إليها فهي المطالبة به، وإن أطلق ولم يأذن السيد في الوكالة طولب بالمال بعد العتق وإذا غرمه رجع به على الزوجة إذا قصد الرجوع، وإن أذن السيد في الوكالة تعلق المال بكسب العبد ونحوه، فإذا أدّى من ذلك رجع به عليها. وأما المحجور عليه بسفه فلا يصح أن يكون وكيلاً عنها، وإن أذن له الوليّ إلا إذا أضاف المال إليها فتبين ويلزمها، إذ لا ضرر عليه في ذلك، فإن أطلق وقع الطلاق رجعياً كاختلاع السفيهة (والأصح) المنصوص (صحة توكيله) أي الزوج (امرأة بخلع) أي في خلع (زوجته أو طلاقها) لأنه يصح أن تطلق المرأة نفسها فيما إذا فوّض طلاق نفسها إليها وهو توكيل أو تمليك كما سيأتي، فإن كان توكيلاً فهو ما نحن فيه، وإن كان تمليكاً فمن صح أن يملك شيئاً صح توكيله فيه. والثاني: لا يصح؛ لأنها لا تستقل بالطلاق.

تنبيه: أفهم كلامه أن توكيل الزوجة امرأة في خلعها صحيح قطعاً وهو كذلك، ويستثنى من إطلاقه ما لو أسلم على أكثر من أربع، ثم وكل امرأة في طلاق بعضهنّ فإنه لا يصح لتضمنه الاختيار للنكاح، ولا يصح توكيلها للاختيار في النكاح، فكذا اختيار الفراق (ولو وكلا) أي

رَجُلًا تَوَلَّى طَرَفاً، وَقِيلَ الطَّرَفَيْنِ.

فَصْلٌ

الْفُرْقَةُ بِلَفْظِ الخُلْعِ طَلَاقٌ، وَفِي قَوْلٍ فَسْخٌ لَا يَنْقُصُ عَدَداً، فَعَلَى الأَوَّلِ لَفْظُ الْفَسْخِ كِنَايَةٌ، وَالْمُفَادَاةُ كَخُلعٍ في الأَصَحِّ، وَلَفْظُ الخُلْعِ صَرِيحٌ،

الزوجان معاً (رجلًا) في الخلع (تولى طرفاً) منه أي أيهما شاء والطرف الآخر يتولاه أحد الزوجين، أو وكيله، ولا يتولى الطرفين كما في البيع وغيره (وقيل) يتولى (الطرفين) لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من أحد الجانبين، كما لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته ذلك يقع الطلاق خلعاً. ثم شرع في الركن الخامس وهو الصيغة، وتنقسم إلى صريح وكناية معبراً عنه بفصل فقال:

فَصْلٌ

(الفرقة بلفظ الخلع طلاق) ينقص العدد كلفظ الطلاق؛ لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين في قوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية، فدل على أنه ملحق بهما، ولأنه لو كان فسخاً لما جاز على غير الصداق إذ الفسخ يوجب استرجاع البدل كما أن الإقالة لا تجوز بغير الثمن (وفي قول: فسخ لا ينقص عدداً) ويجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر؛ لأنها فرقة حصلت بمعاوضة فتكون فسخاً كشراء زوجته، وهذا القول منسوب إلى القديم، وفي نصّ عليه في الأمّ أنه لا يحصل به شيء، لا فرقة طلاق ولا فسخ، وخرج بلفظ الخلع الفرقة بلفظ الطلاق إذا كان بعوض فإنه يكون طلاقاً قطعاً، وكذا إن قصد بلفظ الخلع الطلاق، أو اقترن بلفظ الخلع طلاق كخالعتك على طلقة بألف. قال الفوراني: وإذا نوى بالخلع عدداً إن جعلناه طلاقاً وقع ما نواه، أو فسخاً فلا لأنه لا يتعدّد (فعلى الأول) وهو أن الخلع طلاق (لفظ الفسخ) كفسخت نكاحك بكذا فقبلت (كناية) فيه؛ لأنه لم يرد في القرآن ولم يستعمل عرفاً فيه فلا يكون صريحاً فلا يقع الطلاق فيه بلا نية.

تنبيه: ليس المراد أن لفظ الفسخ كناية في لفظ الخلع، إذ اللفظ لا يكنى به عن لفظ آخر، بل المراد أنه كناية في الفرقة بعوض التي يعبر عنها بلفظ الخلع ويحكم عليها بأنها طلاق (والمفاداة) كفاديتك بكذا حكمها (كخلع) في صراحته الآتية (في الأصح) لورود لفظة المفاداة في القرآن. قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] والثاني: أنه كناية؛ لأنه لم يتكرّر في القرآن ولم يشتهر على لسان حملة الشريعة (ولفظ الخلع صريح) في الطلاق فلا يحتاج معه لنية؛ لأنه تكرّر على لسان حملة الشرع لإرادة الفراق فكان كالتكرّر في القرآن، وهذا ما صرّح به البغوي والنشائي وصاحب الأنوار والإسنوي والبلقيني، وظاهره أنه لا

وَفِي قَوْلٍ كِنَايَةٌ، فَعَلَى الأَوَّلِ لَوْ جَرَى بِغَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ وَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ فِي الأَصَحِّ، وَيَصِحُّ بِكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ مَعَ النِّيَّةِ وَبِالْعَجَمِيَّةِ وَلَوْ قَالَ بِعْتُكِ نَفْسَكِ بِكَذَا فَقَالَتِ اشْتَرَيْتُ فَكِنَايَةُ خُلْعٍ، وَإِذَا بَدَأَ بِصِيغَةِ مُعَاوَضَةٍ كَطَلَّقْتُكِ أَوْ خَالَعْتُكِ بِكَذَا، وَقُلْنَا الخُلْعُ طَلَاقٌ فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ

فرق بين أن يذكر معه مال أم لا (وفي قول) هو (كناية) فيه يحتاج لنية الطلاق حطاً له عن لفظ الطلاق المتكرّر في القرآن ولسان حملة الشريعة، ولأن صرائح الطلاق منحصرة في ألفاظ ليس هذا منها، وهذا ما نص عليه في مواضع من الأمّ. وقال القاضي الحسين وغيره: إنه ظاهر المذهب، وظاهره أنه لا فرق بين أن يذكر معه مال أم لا، والأصح كما في الروضة أن الخلع والمفاداة إن ذكر معهما المال فهما صريحان في الطلاق؛ لأن ذكره يشعر بالبينونة وإلا فكنايتان (فعلى الأوّل) وهو صراحة الخلع (لو جرى بغير ذكر مال) مع زوجته بنية التماس قبولها ولم ينف العوض كأن قال: خالعتك أو فاديتك ونوى التماس قبولها فقبلت بانت، و (وجب مهر مثل في الأصح) لاطراد العرف بجريان ذلك بعوض فيرجع عند الإطلاق إلى مهر المثل لأنه المردّ كالخلع بمجهول، فإن جرى مع أجنبي طلقت مجاناً كما لو كان معه والعوض فاسد، ولو نفى العوض فقال: خالعتك بلا عوض وقع رجعياً، وإن قبلت ونوى التماس قبولها فإن لم تقبل لم تطلق، وإن قبلت ولم يضمر التماس جوابها ونوى الطلاق وقع رجعياً ولا مال.

تنبيه: قضية كلام المصنف وقوع الطلاق جزماً وهو مخالف لما مرّ عن الروضة من كونه كناية على الأصح كذا نبه عليه ابن النقيب وغيره. قال الجلال البلقيني: والحق أنه لا منافاة بينهما فإنه ليس في المنهاج أنه صريح مع عدم ذكر المال، فلعل مراده أنه جرى بغير ذكر مال مع وجود مصحح له وهو اقتران النية به اهـ وهو جمع حسن لأن الجمع إذا أمكن كان أولى من تضعيف أحد الجانبين مع أن ظاهر إطلاق الكتاب ليس مراداً قطعاً، إذ لا بد من هذه القيود المذكورة التي قيدت بها كلامه (ويصح) الخلع على قولي الطلاق والفسخ (بكنايات الطلاق) أي بكل منها وسيأتي معظمها في بابه (مع النية) للطلاق من الزوجين معاً، فإن لم ينويا أو أحدهما لم يصح (و) يصح الخلع أيضاً بالترجمة عنه (بالعجمية) وغيرها من اللغات نظراً للمعنى (ولو قال) الزوج لزوجته (بعتك نفسك بكذا) كألف (فقالت) فوراً (: اشتريت) أو نحوه كقبلت (فكناية خلع) سواء جعلناه طلاقاً أم فسخاً بخلاف ما لم يذكر كذا أو لم يكن القبول على الفور. قال الزركشي والدميري: وهو مستثنى من قاعدة ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره اهـ وهذا ممنوع بل هو من جزئيات القاعدة فإنه لم يوجد نفاذه في موضوعه، إذ موضوعه المحل المخاطب، ولو قال: بعتك طلاقك بكذا أو قالت: بعتك ثوبي مثلاً بطلاقي كان كناية أيضاً، ثم شرع فيما اشتمل عليه الخلع من شوائب العقود بقوله (وإذا بدأ) الزوج بالهمز بمعنى ابتدأ (بصيغة معاوضة كطلقتك أو خالعتك بكذا) كألف فقبلت (وقلنا الخلع) في الصورة الثانية (طلاق) وهو الراجح كما مرّ (فهو معاوضة) لأخذه

فِيهَا شَوْبُ تَعْلِيقٍ، وَلَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ قَبُولِهَا، وَيُشْتَرَطُ قَبُولُهَا بِلَفْظٍ غَيْرِ مُنْفَصِلٍ، فَلَوِ اخْتَلَفَ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ كَطَلَّقْتِكِ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ بِأَلْفَيْنِ وَعَكْسِهِ أَوْ طَلَّقْتُكِ ثَلاثاً بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِثُلُثِ أَلْفٍ فَلَغْوٌ، وَلَوْ قَالَ طَلَّقْتُكِ ثَلاثاً بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَالأَصَحُّ وُقُوعُ الثَّلاثِ وَوُجُوبُ أَلْفٍ، وَإِنْ بَدَأَ بِصِيغَةِ تَعْلِيقٍ كَمَتَى أَوْ مَتَى مَا أَعْطَيْتِنِي فَتَعْلِيقٌ فَلاَ رُجُوعَ لَهُ، وَلاَ يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ لَفْظاً وَلاَ الإِعْطَاءُ فِي الْمَجْلِسِ،

عوضاً في مقابلة ما يخرجه عن ملكه **(فيها شوب تعليق)** لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال، أما إذا قلنا الخلع فسخ فهو معاوضة محضة من الجانبين، إذ لا مدخل للتعليق فيها بل هو كابتداء البيع **(و)** على المعاوضة **(له الرجوع قبل قبولها)** لأن هذا شأن المعاوضات **(ويشترط قبولها)** أي المختلعة الناطقة **(بلفظ غير منفصل)** بكلام أجنبيٍّ أو زمن طويل كما في سائر العقود، فتقول قبلت أو اختلعت أو نحوه، فلا يصح القبول بالفعل بأن تعطيه القدر، أما الخرساء فتكفي إشارتها المفهمة، ويشترط كون القبول على وفق الإيجاب **(فلو اختلف إيجاب وقبول كطلقتك بألف فقبلت بألفين وعكسه)** كطلقتك بألفين فقبلت ألف **(أو طلقتك ثلاثاً بألف فقبلت واحدة بثلث ألف فلغو)** في المسائل الثلاث للمخالفة كما في البيع، ويفارق ما لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته ألفين حيث يقع الطلاق بأن القبول جواب الإيجاب، فإذا خالفه في المعنى لم يكن جواباً، والإعطاء ليس جواباً وإنما هو فعل، فإذا أتت بألفين فقد أتت بألف ولا اعتبار بالزيادة: قاله الإمام **(ولو قال: طلقتك ثلاثاً بألف فقبلت واحدة بألف، فالأصح وقوع الثلاث و)** الأصح أيضاً **(وجوب ألف)** لأن الزوج مستقل بالطلاق والزوجة إنما يعتبر قبولها بسبب المال، فإذا قبلت المال اعتبر في الطلاق جانب الزوج، وهذا بخلاف ما لو باع عبدين بألف فقبل أحدهما بألف فإنه لا يصح؛ لأن مقصود المشتري الملك ولم يحصل، والطلاق لا يدخل في ملك المرأة. والثاني: يقع واحدة بألف نظراً إلى قبولها والثالث: لا يقع شيء لاختلاف الإيجاب والقبول **(وإن بدأ)** الزوج **(بصيغة تعليق)** في الإثبات **(كمتى أو متى ما)** بزيادة ما للتأكيد أو أي حين أو زمان أو وقت **(أعطيتني)** كذا فأنت طالق **(فتعليق)** محض من جانبه ولا نظر فيه إلى شبهة المعاوضة؛ لأنه من صرائح ألفاظ التعليق فيقع الطلاق عند تحقق الصفة كسائر التعليقات، وحينئذ **(فلا رجوع له)** قبل الإعطاء كالتعليق الخالي عن العوض في نحو إن دخلت الدار فأنت طالق **(ولا يشترط)** فيه **(القبول لفظاً)** لأن الصيغة لا تقتضيه **(ولا الإعطاء)** فوراً **(في المجلس)** أي مجلس التواجب، وهو كما في المحرر، وأهمله المصنف ما يرتبط به الإيجاب بالقبول دون مكان العقد، فمتى وجد الإعطاء طلقت، وإن زادت على ماذكره لدلالة اللفظ على الزمان وعمومه في سائر الأوقات، ولو قيد في هذه بزمان أو مكان تعين وخرج بالإثبات ما إذا بدأ بصيغة تعليق بمتى ونحوها في النفي: كقوله: متى لم تعطني كذا فأنت طالق فهو للفور؛ لأن متى ونحوها في النفي تقتضي الفور، وبالزوج المرأة فإنها لو قالت:

وَإِنْ قَالَ إِنْ أَوْ إِذَا أَعْطَيْتِنِي فَكَذٰلِكَ لٰكِنْ يُشْتَرَطُ إِعْطَاءٌ عَلَى الْفَوْرِ، وَإِنْ بَدَأَتْ بِطَلَبِ طَلَاقٍ فَأَجَابَ فَمُعَاوَضَةٌ فِيهَا شَوْبُ جَعَالَةٍ فَلَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ جَوَابِهِ، وَيُشْتَرَطُ فَوْرٌ لِجَوَابِهِ،

متى طلقتني فلك عليّ ألف اختص الجواب بمجلس التواجب، وفرّق الغزالي بينهما بأن الغالب على جانبه التعليق وعلى جانبها المعاوضة **(وإن قال: إن)** بكسر الهمزة **(أو إذا أعطيتني)** كذا فأنت طالق **(فكذلك)** أي فتعليق لا رجوع له فيه قبل الإعطاء، ولا يشترط القبول لفظاً ولا الإعطاء في المجلس؛ لأنهما من حروف التعليق كمتى، وخرج بإن المكسورة المفتوحة، فإن بها يقع الطلاق في الحال بائناً لأنها للتعليل، قاله الماوردي، قال: وكذلك الحكم في إذ لأنها لماضي الزمان، ولكن قياس ما رجحه المصنف في تعليق الطلاق، الفرق بين النحوي وغيره كما سيأتي تحريره **(لكن يشترط)** في التعليق المذكور **(إعطاء على الفور)** في مجلس التواجب؛ لأنه قضية العوض في المعاوضات، وإنما تركت هذه القضية في متى ونحوها؛ لأنها صريحة في جواز التأخير مع كون المغلب في ذلك من جهة الزوج معنى التعليق بخلاف جانب الزوجة كما مرّ.

تنبيه: محل الفور في الحرّة، أما إذا كانت الزوجة أمة والمشروط غير خمر كأن قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فلا يشترط الإعطاء فوراً؛ لأنها لا تقدر على الإعطاء إلا من كسبها وهو متعذر في المجلس غالباً، فإن أعطته ألفاً ولو من غير كسبها ومال السيد طلقت بائناً لوجود الصفة وردّ الزوج الألف لمالكها، وتعلق مهر المثل بذمتها تطالب به إذا عتقت، فإن قيل: نقل الرافعي عن البغوي أنه لو قال لزوجته الأمة: إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق لم تطلق إذا أعطته ثوباً لأنها لا تملكه، فكان ينبغي أن يكون هنا كذلك، أجيب بأن الثوب مبهم لا يمكن تمليكه بخلاف الألف درهم مثلاً فإنه يمكن تمليكها في الجملة لغيرها فقوي الإبهام في الأوّل، وهذا أولى من تضعيف أحد الجانبين، وقضية التعليل إلحاق المبعضة والمكاتبة بالحرّة وهو ظاهر، فإن كان المشروط خمراً اشترط الإعطاء فوراً، وإن لم تملك الخمر؛ لأن يدها ويد الحرّة عليه سواء، وقد تشتمل يدها عليه **(وإن بدأت)** أي الزوجة **(بطلب طلاق)** سواء أكان على جهة التعليق، نحو إن أو متى لم يكن على جهته كطلقني على كذا **(فأجاب)** الزوج قولها فوراً **(فمعاوضة)** من جانبها لأنها تملك البضع بما تبذله من العوض **(فيها شوب جعالة)** لأنها تبذل المال في مقابلة ما يستقلّ به الزوج وهو الطلاق، فإذا أتى به وقع الموقع وحصل غرضها كالعامل في الجعالة **(فلها الرجوع قبل جوابه)** لأن هذا حكم المعاوضات والجعالات جميعاً **(ويشترط فور لجوابه)** في محل التواجب في الصيغ السابقة المقتضية فوراً وغيرها كالتعليق بمتى تغليباً للمعاوضة من جانبها بخلاف جانب الزوج، وقد تقدم الفرق بينهما، فإن طلق متراخياً كان مبتدئاً لا يستحق عوضاً ويقع الطلاق حينئذ رجعياً. نعم لو صرّحت بالتراخي لم يشترط الفور كما قاله الزركشي. قال: ولم يذكروه، ونقل عن البيان أنها لو قالت: خالعتك بكذا، فقال: قبلت لم تطلق؛ لأن الإيقاع إليه.

وَلَوْ طَلَبَتْ ثَلَاثاً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ طَلْقَةً بِثُلُثِهِ فَوَاحِدَةٌ بِثُلُثِهِ، وَإِذَا خَالَعَ أَوْ طَلَّقَ بِعِوَضٍ فَلَا رَجْعَةَ، فَإِنْ شَرَطَها فَرَجْعِيٌّ وَلَا مَالَ، وَفِي قَوْلٍ بائِنٌ بِمَهْرِ مِثْلٍ، وَلَوْ قالَتْ طَلِّقْنِي بِكَذا وَارْتَدَّتْ فَأَجابَ إِنْ كَانَ قَبْلَ دُخُولٍ أَوْ بَعْدَهُ وَأَصَرَّتْ حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ بَانَتْ بِالرِّدَّةِ، وَلَا مَالَ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ فِيها طُلِّقَتْ بِالمَالِ،

تنبيه: سكوت المصنف عن تطابق الإيجاب والقبول هنا يدلّ على أنه لا يشترط. وهو كذلك، فلو قالت: طلقني بألف فطلقها بخمسمائة وقع بها على الصحيح؛ لأنه سامح ببعض ما طلبت أن يطلقها عليه **(ولو طلبت)** من الزوج (**ثلاثاً**) يملكها عليها **(بألف فطلق طلقة بثلثه فواحدة)** تقع **(بثلثه)** تغليباً لشوب الجعالة كما لو قال: إن رددت عبيدي الثلاث فلك ألف فردّ واحداً استحق ثلث الألف، ولو طلق طلقتين استحق ثلثي الألف، ولو طلقها طلقة ونصفاً استحق نصف الألف كما في زيادة الرّوضة. قال الأذرعي: ولو قالت: أنت طالق ولم يذكر عدداً ولا نواه فالظاهر أنه يحمل على الواحدة ولو لم يملك عليها إلا طلقة استحق الألف؛ لأنه أفادها البينونة الكبرى.

تنبيه: لو حذف المصنف بثلثه كان أولى فإنه لو اقتصر على قوله: طلقتك واحدة استحق الثلث، وكان يعلم حكم التقييد من باب أولى، وأيضاً فيه إيهام أنه إذا لم يعد ذكر المال يقع رجعياً، وهو وجه ضعيف **(وإذا خالع أو طلق)** زوجته **(بعوض)** صحيح أو فاسد، سواء جعلنا الخلع طلاقاً أم فسخاً **(فلا رجعة)** له عليها لأنها بذلت المال لتتملك بضعها فلا يملك الزوج ولاية الرّجوع إليه **(فإن شرطها عليها)** كخالعتك أو طلقتك بدينار على أن لي عليك الرّجعة **(فرجعي)** يقع في المسألتين، لأن شرط الرّجعة والمال متنافيان فيسقطان ويبقى مجرّد الطلاق، وقضيته ثبوت الرّجعة، ولا حاجة بعد رجعيّ لقوله **(ولا مال)** ولو عبر بالمذهب لكان أولى لنقله في الرّوضة القطع به عن الجمهور **(وفي قول)** يقع الطلاق **(بائن بمهر مثل)** لأن الخلع لا يفسد بفساد العوض كالنكاح، وكلامه يشعر بأن هذا القول منصوص. وقال الشيخ أبو حامد وغيره: إنه مخرج.

تنبيه: قد يدخل في كلامه ما لو خالعها بعوض على أنه متى شاء ردّه وكان له الرّجعة، وقد نصّ الشافعيّ فيه على البينونة بمهر المثل؛ لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا، ومتى سقطت لا تعود **(ولو قالت)** له **(طلقني بكذا وارتدت)** عقب هذا القول **(فأجاب)** قولها فوراً نظرت **(إن كان)** الارتداد **(قبل دخول أو بعده وأصرّت)** على الرّدّة **(حتى انقضت العدّة بانت بالردّة ولا مال)** ولا طلاق لانقطاع النكاح بالردّة في الحالتين **(وإن أسلمت فيها)** أي العدّة بان صحة الخلع، و **(طلقت بالمال)** المسمى وقت جوابه لبيان صحة الخلع، وتحسب العدّة من وقت الطلاق، فلو تراخت الردّة أو الجواب اختلفت الصيغة.

وَلَا يَضُرُّ تَخَلُّلُ كَلَامٍ يَسِيرٍ بَيْنَ إِيجابٍ وَقَبُولٍ.

فَصْلٌ

قالَ أَنْتِ طَالِقٌ، وَعَلَيْكِ أَوْ وَلِي عَلَيْكِ كَذَا، وَلَمْ يَسْبِقْ طَلَبُها بِمَالٍ وَقَعَ رَجْعِيًّا قَبِلَتْ أَمْ لَا وَلَا مَالَ،

تنبيه: لو وقعت الردّة مع الجواب. قال السبكي: الذي يظهر بينونتها بالردّة، ولم أر للأصحاب كلاماً في ذلك. وقال شيخنا في منهجه: إذا أجاب قبل الردّة أو معها طلقت ووجب المال، وهذا أوجه، ولو ارتدّ الزوج بعد سؤالها فحكمه كردّتها بعد سؤالها **(ولا يضرّ)** في الخلع **(تخلل كلام يسير)** عرفاً **(بين إيجاب وقبول)** فيه. قال الشارح كما في مسألة الارتداد اهـ وهذا بخلاف البيع، وتقدّم الفرق بينهما أنه هناك بخلاف الكثير فيضرّ لإشعاره بالإعراض.

تنبيه: محلّ كون الكثير مضرّاً إذا صدر من المخاطب المطلوب منه الجواب، فإن صدر من المتكلم ففيه وجهان كالإيجاب والقبول في النكاح اقتضى إيراد الرّافعي أن المشهور أنه لا يضرّ. ثم حكى عن البغوي التسوية بينهما، واعتمد هذا شيخي، واستدلّ له بتمثيل الشارح لليسير بالارتداد فإنه من جانب المتكلم، فمفهومه أنه لو كان كثيراً ضرّ.

فَصْلٌ

في الألفاظ الملزمة للعوض إذا **(قال)** لزوجته: أنت **(طالق)** أو طلقتك **(وعليك)** كذا **(أو ولي عليك كذا)** كألف **(ولم يسبق طلبها)** للطلاق **(بمال وقع)** عليه الطلاق **(رجعياً قبلت أم لا ولا مال)** عليها للزوج؛ لأنه أوقع الطلاق مجاناً؛ لأنه لم يذكر عوضاً ولا شرطاً بل ذكر جملة معطوفة على الطلاق، فلا يتأثر بها وتلغو في نفسها، وهذا بخلاف قولها: طلقني وعليّ أو لك عليّ ألف فأجابها فإنه يقع بائناً بألف؛ لأن الزوجة يتعلق بها التزام المال فيحمل اللفظ منها على الالتزام والزوج ينفرد بالطلاق.

تنبيه: محل ما ذكره إذا لم يشع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه، فإن شاع فهو كقوله: طلقتك على كذا، حكاه الشيخان عن المتولي وأقرّاه. فإن قيل: نقل الرّافعي في تعليق الطلاق عن المتولي والأكثرين أنه إذا تعارض مدلولان لغويّ وعرفيّ قدّم اللغويّ، وقضية ذلك عدم اللزوم هنا. أجيب بأن الكلام هنا فيما إذا اشتهر في العرف استعمال لفظ في إرادة شيء، ولم يعارضه مدلول لغويّ، والكلام هناك فيما إذا تعارض مدلولان لغويّ وعرفيّ، وخرج بقوله: ولم يسبق طلبها بمال ما إذا سبق، فإن الصيغة تكون مقتضية للالتزام، سواء أكان ما طلبته معيناً أم لا، كقولها: طلقني بمال وسيأتي. ثم استثنى من وقوع ما ذكره

فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ مَا يُرَادُ بِطَلَّقْتُكِ بِكَذَا وَصَدَّقَتْهُ فَكَهُوَ فِي الأَصَحِّ، وَإِنْ سَبَقَ بَانَتْ بِالمَذْكُورِ، وَإِنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنَّ لِي عَلَيْكِ كَذَا فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ كَطَلَّقْتُكِ بِكَذَا، فَإِذَا قَبِلَتْ بَانَتْ وَوَجَبَ المَالُ وَإِنْ قَالَ إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفاً فَأَنْتِ طَالِقٌ

رجعياً ما تضمنه قوله **(فإن قال أردت)** به **(ما يراد بطلقتك بكذا وصدّقته)** الزوجة **(فكهو)** أي فكقوله طلقتك إلخ **(في الأصح)** فتبين منه بذلك المسمى إن قبلت؛ لأنه يصلح أن يكون كناية في اقتضاء العوض، فإن لم يقبل لم يقع. والثاني: المنع؛ إذ لا أثر للتوافق في ذلك لأن اللفظ لا يصلح للإلزام، فكأن لا إرادة، وعلى الأوّل فإن لم تصدّقه لم يلزمها المال قطعاً إن حلفت أنها لا تعلم أنه أراد ذلك إن كانت قبلت، فإن نكلت وحلف بانت بالمسمى، فإن لم تقبل فلا حلف وكأن لا إرادة وحيث انتفت الإرادة يقع الطلاق ظاهراً. أما فيما بينه وبين الله تعالى، فقال السبكي: يقطع بعدم الوقوع، وعلى الوجه الثاني لا حلف؛ لأنها وإن صدّقته لم يؤثر.

تنبيه: قول المصنف: فكهو فيه جرّ الضمير بالكاف، وهو شاذ **(وإن سبق)** طلبها للطلاق بمال معين، كطلقني بألف، فقال: أنت طالق وعليك أولي أو ولي عليك ألف **(بانت المذكور)** لتوافقهما عليه، فقوله: وعليك ألف إن لم يكن مؤكداً لا يكون مانعاً. أما إذا سبق طلبها بمال مبهم، كطلقني بمال، فإن عينه في جوابه كأن قال: طلقتك على ألف فهو كما لو ابتدأ، فإن قبلت بانت بالألف وإلا فلا طلاق، وإن أبهم الجواب، فقال: طلقتك بمال أو اقتصر على طلقتك بانت بمهر المثل.

تنبيه: محلّ البينونة فيما إذا سبق طلبها إذا قصد جوابها. فإن قال: قصدت ابتداء الطلاق وقع رجعياً كما قاله الإمام وأقرّاه. قال والقول قوله في ذلك بيمينه، ولو سكت عن التفسير فالظاهر أنه يجعل جواباً **(وإن)** شرط شرطاً إلزامياً كأن **(قال: أنت طالق)** أو طلقتك **(على أن لي عليك كذا)** كألف **(فالمذهب)** المنصوص، وعبر في الرّوضة بالصواب المعتمد **(أنه كطلقتك بكذا، فإذا قبلت)** فوراً كما نصّ عليه في الأمّ، بأن تقول: **قبلت**، وكذا ضمنت كما اقتضاه كلام الماوردي **(بانت ووجب المال)** لأن على للشرط، فجعل كونه عليها شرطاً، فإذا ضمنته طلقت، هذا هو المنصوص في الأمّ، وقطع به العراقيون وغيرهم، ومقابله قول الغزالي: يقع الطلاق رجعياً ولا مال، لأن الصيغة شرط، والشرط في الطلاق يلغو إذا لم يكن من قضاياه كما لو قال: أنت طالق على أن لك عليّ كذا، فإذا تعبير المصنف بالمذهب ليس بظاهر لأن المسألة ليس فيها خلاف محقق؛ لأن الغزالي ليس من أصحاب الوجوه. قال الأذرعي: فكأنه غرّه قول المحرّر: والظاهر لم يرد نقل خلاف بل أراد أنه المنقول كما دلّ عليه كلامه في مواضع اهـ أما الشرط التعليقي كقوله: أنت طالق إن أعطيتني ألفاً فلا خلاف في توقفه على الإعطاء **(وإن قال: إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق)** أو أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً

فَضَمِنَتْ فِي الْفَوْرِ بَانَتْ وَلَزِمَهَا الأَلْفُ وَإِنْ قَالَ مَتَىٰ ضَمِنْتِ فَمَتَىٰ ضَمِنَتْ طُلِّقَتْ، وَإِنْ ضَمِنَتْ دُونَ الأَلْفِ لَمْ تُطَلَّقْ، وَلَوْ ضَمِنَتْ أَلْفَيْنِ طُلِّقَتْ، وَلَوْ قَالَ طَلِّقِي نَفْسَكِ إِنْ ضَمِنْتِ لِي أَلْفاً فَقَالَتْ طَلَّقْتُ وَضَمِنْتُ أَوْ عَكْسُهُ بَانَتْ بِأَلْفٍ، فَإِنِ اقْتَصَرَتْ عَلَى أَحَدِهِمَا فَلَا، وَإِذَا عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ مَالٍ فَوَضَعَتْهُ بَيْنَ يَدَيْهِ طُلِّقَتْ، وَالأَصَحُّ

(**فضمنت**) أي التزمت له الألف (**في الفور بانت ولزمها الألف**) لوجود الشرط في العقد المقتضي للإلزام إيجاباً وقبولاً، والمراد بالفور هنا وفيما مرّ مجلس التواجب كما عبر به في المحرّر بخلاف ما لو أعطته الألف أو قالت: رضيت أو شئت أو قبلت بدل ضمنت؛ لأن المعلق عليه الضمان لا غيره، وليس المراد بالضمان هنا وفيما يأتي في الباب الضمان المحتاج إلى أصل فذاك عقد مستقلّ مذكور في بابه، ولا الإلتزام المبتدأ؛ لأن ذاك لا يصح إلا بالنذر، بل المراد التزام بقبول على سبيل العوض فلذلك لزم لأنه في ضمن عقد.

تنبيه: هل يكفي مرادف الضمان كالالتزام أولا؟ المتجه الأوّل. قال شيخنا: وفي كلامهم ما يدلّ له، ولو كان القدر المعلق على ضمانة للزوج علىغيره وقالت: ضمنت لك وقع رجعياً كما بحثه بعض المتأخرين (**وإن قال: متى ضمنت**) لي ألفاً فأنت طالق يشترط فور (**فمتى ضمنت**) أي وقت (**طلقت**) لأن متى للتراخي كما سبق، وتقدّم الفرق بين إن ومتى.

تنبيه: أفهم كلامه أنه ليس للزوج الرّجوع قبل الضمان، وهو كذلك (**وإن ضمنت دون الألف لم تطلق**) لعدم وجود الصفة المعلق عليها (**ولو ضمنت إلفين**) مثلاً (**طلقت**) لوجود المعلق عليه مع زيادة، وهذا بخلاف ما مرّ في طلقتك بألف فقبلت بألفين لاشتراط التوافق في صيغة المعاوضة، ثم المزيد يلغو ضمانه، وإذا قبض الزائد فهو أمانة عنده.

تنبيه: لو نقصت أو زادت في التعليق بالإعطاء كان الحكم كما ذكرنا هنا (**ولو قال: طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً فقالت**) فوراً كما يشعر به التعبير بالفاء (**طلقت وضمنت أو**) قالت (**عكسه**) أي ضمنت وطلقت (**بانت**) في الصورتين (**بألف**) وإن تأخر تسليم المال عن المجلس، لأن أحدهما شرط في الآخر يعتبر اتصاله به، فهما قبول واحد فاستوى تقديم أحدهما وتأخيره (**فإن اقتصرت على أحدهما**) بأن ضمنت ولم تطلق أو عكسه (**فلا**) تبين فيهما ولا مال؛ لأنه فوّض إليها التطليق وجعل له شرطاً فلا بدّ من التطليق والشرط (**وإذا علق**) الطلاق (**بإعطاء مال فوضعته**) فوراً (**بين يديه**) بنية الدفع عن جهة التعليق (**طلقت**) بفتح اللام أفصح من ضمها؛ لأنه إعطاء عرفاً، ولهذا يقال: أعطيت فلم يأخذ، لكن لا بدّ من تمكنه من أخذه وإن لم يأخذه، لأن تمكينها إياه من الأخذ إعطاء منها، وهو بالإمتناع مفوّت لحقه، فإن قالت: لم أقصد الدفع عن جهة التعليق أو تعذر عليه الأخذ بحبس أو جنون أو نحوه لم تطلق كما قاله السبكي، وينبغي كما قال الأذرعي وغيره: أن يعتبر علمه بوضعه بين يديه (**والأصح**

دُخُولُهُ فِي مِلْكِهِ، وَإِنْ قَالَ إِنْ أَقْبَضْتَنِي فَقِيلَ كَالإِعْطَاءِ، وَالأَصَحُّ كَسَائِرِ التَّعْلِيقِ فَلاَ يَمْلِكُهُ، وَلاَ يُشْتَرَطُ لِلْإِقْبَاضِ مَجْلِسٌ. قُلْتُ: وَيَقَعُ رَجْعِيّاً، وَيُشْتَرَطُ لِتَحَقُّقِ الصِّفَةِ أَخْذُ بِيَدِهِ مِنْهَا، وَلَوْ مُكْرَهَةً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَلَوْ عَلَّقَ بِإِعْطَاءِ عَبْدٍ وَوَصَفَهُ بِصِفَةِ سَلَمٍ فَأَعْطَتْهُ لاَ بِالصِّفَةِ لَمْ تُطَلَّقْ أَوْ بِهَا

دخوله) أي المعطى **(في ملكه)** قهراً وإن لم يأخذه لأن التعليق يقتضي وقوع الطلاق عند الإعطاء، ولا يمكن إيقاعه مجاناً مع قصد العوض وقد ملكت زوجته بعضها فيملك الآخر العوض عنه ويقع بإعطاء وكيلهما إن أمرته بالإعطاء وأعطي بحضورهما ويملكه تنزيلاً لحضورها مع إعطاء وكيلهما منزلة إعطائها، بخلاف ما إذا أعطاه في غيبتها؛ لأنها لم تعطه حقيقة ولا تنزيلاً، وبخلاف ما أذا أعطته عن المعلق عليه عوضاً أو كان عليه مثلاً فتقاصا لعدم وجود المعلق عليه، والثاني: لا يدخل في ملكه فيردّه ويرجع لمهر المثل وكالإعطاء الإيتاء والمجيء **(وإن قال: إن أقبضتني)** كذا فأنت طالق **(فقيل)** حكمه **(كالإعطاء)** في اشتراط الفورية وملك المقبوض **(والأصح)** أنه **(كسائر)** صور **(التعليق)** التي لا معاوضة فيها؛ لأن الإقباض لا يقتضي التمليك فيكون صفة محضة بخلاف الإعطاء؛ لأنه إذا قيل: أعطاه فهم منه التمليك وإذا قيل أقبضه لم يفهم منه ذلك وحينئذ **(فلا يملكه)** أي المقبوض، وخصه المتولي بما إذا لم تسبق قرينة تدّل على التمليك، فإن سبق منه ما يدل على ذلك: كقوله: إن أقبضتني كذا لأقضي به ديني أو لأصرفه في حوائجي فتمليك كالإعطاء. قال في زيادة الروضة: وهو متعين **(ولا يشترط للإقباض)** في صورة التعليق به **(مجلس)** أي إقباض في مجلس التواجب كسائر التعليقات **(قلت: ويقع)** الطلاق **(رجعياً)** في الصورة المذكورة؛ لأن الإقباض لا يقتضي التمليك **(ويشترط لتحقق الصفة)** وهي الإقباض **(أخذ بيده منها)** فلا يكفي الوضع بين يديه؛ لأن لا يسمى قبضاً، وهذا الشرط ذاكره في الشرح والرّوضة في صيغة: فإن قبضت منك لا في إن أقبضتني، وكذا قوله: **(ولو مكرهة، والله أعلم)** إنما ذكراه في الشرح والرّوضة في صيغة إن قبضت منك فذكره في إن أقبضتني. قال السبكي: سهو، لأن الإقباض بالإكراه الملغى شرعاً لا اعتبار به. وقال الأذرعي الأصح أن الإكراه يرفع حكم الخنث. قال ابن شهبة: وحينئذ فما وقع في المنهاج سهو حصل من انتقاله من قوله: إن قبضت إلى قوله إن أقبضتني اهـ. وجرى على ذلك شيخنا في منهجه، وقال في شرحه: فذكر الأصل له في مسألة الإقباض سبق قلم اهـ. وبالجملة فما في الروضة وأصلها أوجه مما في الكتاب وإن قال الشارح: إن القبض متضمن للإقباض **(ولو علق)** طلاقها **(بإعطاء)** نحو **(عبد)** كثوب **(ووصفه بصفة سلم)** وهي التي يصحّ بها ثبوته في الذمة أو وصفه بصفة دون صفة السلم بأن لم يستوفها **(فأعطته)** عبداً **(لا بالصفة)** التي وصفها **(لم تطلق)** لعدم وجود الصفة **(أو)** أعطته عبداً **(بها)** طلقت به في الأولى ومهر مثل في الثانية لفساد العوض فيها بعدم استيفاء صفة السلم، وإن أعطته عبداً في الأولى

مَعِيباً فَلَهُ رَدُّهُ وَمَهْرُ مِثْلٍ ، وَفِي قَوْلٍ قِيمَتُهُ سَلِيماً، وَلَوْ قَالَ عَبْداً طُلِّقَتْ بِعَبْدٍ إِلَّا مَغْصُوباً فِي الأَصَحِّ وَلَهُ مَهْرُ مِثْلٍ ،وَلَوْ مَلَكَ طَلْقَةً فَقَطْ فَقَالَتْ طَلِّقْنِي ثَلَاثاً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ الطَّلْقَةَ فَلَهُ أَلْفٌ، وَقِيلَ ثُلُثُهُ،

(**معيباً فله ردّه**) لأن الإطلاق يقتضي السلامة، فإذا اطلع فيه على عيب تخير، فإن شاء أمسكه ولا شيء له، وإن شاء ردّه (**و**) له (**مهر مثل**) لفساد العوض (**وفي قول قيمته سليماً**) الخلاف مبنيّ على أن بدل الخلع في يد الزوجة مضمون ضمان عقد أو ضمان يد، ومرّ أن الرّاجح الأوّل، وليس له أن يطالب بعبد بتلك الصفة سليم لوقوع الطلاق بالمعطى بخلاف غير التعليق كما لو قال: طلقتك على عبد صفته كذا فقبلت وأعطته عبداً بتلك الصفة معيباً له ردّه والمطالبة بعبد سليم؛ لأن الطلاق وقع قبل الإعطاء بالقبول على عبد في الذمة.

تنبيه: لو كان قيمة العبد مع العيب أكثر من مهر المثل وكان الزوج محجوراً عليه بسفه أو فلس فلا ردّ؛ لأنه يفوت القدر الزائد على السفيه وعلى الغرماء، ولو كان الزوج عبداً فالردّ للسيد، أي المطلق التصرف كما قاله الزركشي وإلا فوليه (**ولو قال**) في تعليقه بالإعطاء إن أعطيتني (**عبداً**) ولم يصفه (**طلقت بعبد**) أي بكل عبد على أيّ صفة، صغيراً كان أو كبيراً، سليماً أو معيباً، ولو مدبراً أو معلقاً عتقه بصفة، وأفهم كلامه أنها لا تطلق بإعطاء خنثى وأمة، وهو كذلك لعدم وجود الصفة وإن قال ابن حزم: إن العبد يطلق على الأمة؛ لأنه غير مشهور، وكان الأولى للمصنف أن يقول: طلقت بكل عبد كما قدّرته في كلامه ليصح قوله (**إلا مغصوباً في الأصح**) فإن الاستثناء لا يكون إلا من عامّ، ولو قال: إلا عبداً لا يصح بيعه ليشمل المكاتب والمشترك والمرهون ونحو ذلك لكان أولى؛ لأن الاعطاء يقتضي التمليك كما مرّ، ولا يمكن تمليك ما لا يصح بيعه، والثاني: تطلق بمن ذكر كالمملوك؛ لأن الزوج لا يملك المعطى ولو كان مملوكاً لها كما مرّ.

تنبيه: دخل في المغصوب ما لو كان عبداًلها وهو مغصوب فأعطته للزوج فإنها لا تطلق به كما قاله الشيخ أبو حامد وإن بحث الماوردي الوقوع. نعم لو خرج بالدفع عن المغصوب فلا شك في الطلاق كما قاله الأذرعي (**وله**) في غير المغصوب ونحوه (**مهر مثل**) بدل المعطى لتعذر ملكه له؛ لأنه مجهول عند التعليق، والمجهول لا يصح عوضاً. فإن قيل تصوير مسألة المتن مشكل؛ لأن التعليق بإعطاء العبد فيها محتمل للتمليك والإقباض، فإن أريد التمليك فينبغي أن لا يقع، وإن أريد الإقباض فيقع رجعياً، والعبد في يد الزوج أمانة، وهو وجه، أجيب بأن المراد الأوّل لكنه لما تعذر ملكه لجهله رجع فيه إلى بدله، وحيثما ثبت البدل ثبت بائناً. ثم شرع في سؤال المرأة الطلاق، فقال (**ولو ملك طلقة فقط فقالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلق الطلقة**) التي يملكها (**فله ألف**) على الأصح المنصوص علمت الحال أو لا؛ لأنه حصل بها مقصود الثلاث، وهو البينونة الكبرى (**وقيل**) له (**ثلثه**) أي الألف توزيعاً للمسمى على

وَقِيلَ إِنْ عَلِمَتِ الحَالَ فَأَلْفٌ وَإِلاَّ فَثُلُثُهُ، وَلَوْ طَلَبَتْ طَلْقَةً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ بِمَائَةٍ وَقَعَ بِمَائَةٍ، وَقِيلَ بِأَلْفٍ، وَقِيلَ لاَ تَقَعُ،

العدد، وهذا من تخريج المزني (**وقيل: إن علمت الحال**) وهو ملكه لطلقة واحدة فقط (**فألف**) لأن المراد، والحالة هذه كمل لي الثلاث (**وإلا**) بأن جهلت الحال (**فثلثه**) وهذا توسط لابن سريج وأبي إسحاق حملا للأوّل على حالة العلم، والثاني على حالة الجهل، وعلى الأوّل لو طلقها ثلاثاً ولو مع قوله إحداهنّ بألف ونوى به الطلقة الأولى أي الباقية لزمها الألف؛ لأن مقصودها من البينونة الكبرى حصل بذلك، وكذا لو لم ينو شيئاً لمطابقة الجواب السؤال وإن نوى به غيرها، أي غير ما يملكها وقعت الأولى، أي التي يملكها مجاناً، فإن قالت له: طلقني ثلاثاً بألف واحدة منهنّ تكمله الثلاث وثنتان يقعان عليّ إذا تزوّجتني بعد زوج أو يكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ فطلقها ثلاثاً أو ثنتين أو واحدة وقعت الواحدة فقط ولغا كلامها في الأخريين، لأن تعليق الطلاق بالنكاح وإثباته في الذمة باطلان، ولها الخيار في العوض لتبعيض الصفقة، فإن أجازت فبثلث الألف عملا بالتقسيط كما في البيع وإن فسخت فبمهر المثل. قال الزركشي: وليس لنا صورة تفيد البينونة الكبرى ولا تستحقّ المسمى غير هذه.

فروع: لو قالت: طلقني نصف طلقة بألف أو طلق بعضي كيدي بألف ففعل وقعت طلقة تكميلاً للبعض بمهر المثل لفساد صيغة المعاوضة، ويقع أيضاً طلقة بمهر المثل إذا ابتدأها بقوله: أنت طالق نصف طلقة أو نصفك مثلاً طالق بألف فقبلت، أو قالت طلقني بألف فطلق يدها مثلاً لفساد الصيغة في الأولى وعدم إمكان التقسيط في الثانية، وإن طلق فيها نصفها وجب نصف المسمى لإمكان التقسيط، كما لو قالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة ونصفاً، ولو طلبت عشراً بألف وهو لا يملك عليها إلا طلقة استحقه بواحدة، أو ببعضها تكمل الثلاث وإن كان لا يملك عليها إلا ثنتين استحق بواحدة عشرة، وبالثنتين الجميع، أو الثلاث استحق بواحدة عشرة، وبثنتين خمسة، وبثلاثة جميعه، وبواحدة ونصف عشر ونصف عشر وإن وقع بذلك طلقتان، لأن العبرة بما أوقع لا بما وقع. فإن قيل: قد مرّ أنه لو طلقها نصف طلقة، وهو لا يملك غيرها أنه يستحق الجميع فقد اعتبرتم ما وقع. أجيب بأنه هناك أفادها البينونة الكبرى، ولو قالت له وهو يملك عليها الثلاث: طلقني ثلاثاً بألف وثنتين مجاناً لم تقع الواحدة لعدم التوافق ووقع الثنتان مجاناً لاستقلاله بالطلاق مجاناً، وإن طلق واحدة بثلث الألف وثنتين مجاناً وقعت الأولى فقط بثلثه لموافقته ما اقتضاه طلبها من التوزيع دون ما عداها لبينونتها، وإن طلقها ثنتين مجاناً وواحدة بثلث الألف وقع الثلاث إن كان مدخولاً بها وإلا فالثنتان دون الثالثة للبينونة (**ولو طلبت طلقة بألف فطلق**) طلقة (**بمائة وقع بمائة**) لأنه قادر على الطلاق بغير عوض فكذا على بعضه (**وقيل: بألف**) لأنها بانت بقوله طلقتك فاستحق الألف ولغا قوله بمائة (**وقيل: لا تقع**) بمثناة فوقية أوّله بخطه للمخالفة؛ لأنه لم يطابق السؤال كما لو خالفته في قبولها.

وَلَوْ قَالَتْ طَلِّقْنِي غداً بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ غَدَاً أَوْ قَبْلَهُ بَانَتْ بِمَهْرِ مِثْلٍ ،وَقِيلَ فِي قَـوْلٍ بِالمُسَمَّى ، وَإِنْ قَـالَ إِذَا دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ فَقَبِلَتْ وَدَخَلَتْ طُلِّقَتْ عَلَى الصَّحِيحِ بِالمُسَمَّى، وَفِي وَجْهٍ أَوْ قَوْلٍ بِمَهْرِ مِثْلٍ ،

تنبيه: أهمل المصنف من المحرّر مسألة، وهي ما لو قالت: طلقني واحدة بألف فقال: أنت طالق ثلاثاً فيقع الثلاث بالألف، ولو أعاد ذكر الألف فقال: أنت طالق ثلاثاً بألف فكذا على الأظهر. قال ابن شهبة: وكأن ذلك سقط من نسخة المصنف بالمحرّر، وهو ثابت في النسخ الصحيحة وحكي عن نسخة المصنف (**ولو قالت: طلقني غداً بألف**) أو ولك عليّ ألف كما في المحرّر، أو إنْ طلقتني غداً فلك عليّ، أو خذ هذه الألف على أن تطلقني غداً كما في الروضة وأصلها (**فطلق غداً أو قبله**) فسد الخلع (**بانت**) لأنه إن طلق في الغد فقد حصل مقصودها، وإن طلق قبله فقد حصله مع زيادة، ولكن (**بمهر مثل**) لا بالمسمى، سواء أعلم الخلع أم لا، لأن هذا الخلع دخله شرط تأخير الطلاق وهو فاسد لا يعتدّ به فيسقط من العوض ما يقابله وهو مجهول فيكون الباقي مجهولاً، والمجهول يتعين الرجوع فيه إلى مهر المثل (**وقيل في قول**) من طريق حاكية لقولين بانت (**بالمسمى**) واعترض بأن هذا القول مبنيّ على فساد الخلع ولزوم المسمى مبنيّ على صحته. وأجيب بأن المراد بانت بمثل المسمى كما قاله العراقيون، ولو عبر به كان أولى، ولو قصد بطلاقه في الغد ابتداء الطلاق وقع رجعياً، فإن اتهمته حلف كما قاله ابن الرفعة، ولو طلقها بعد الغد وقع رجعياً، لأنه خالف قولها فكان مبتدئاً، فإن ذكر مالاً فلا بدّ من القبول (**وإن**) قالت طلقني شهراً ففعل وقع مؤبداً، لأن الطلاق لا يؤقت بمهر المثل لفساد الصيغة بالتأقيت أو علّق الزوج الطلاق بصفة كأن (**قال إذا دخلت الدار**) مثلاً (**فأنت طالق بألف فقبلت**) فوراً (**ودخلت**) بعد قبولها ولو بعد زمن (**طلقت على الصحيح**) لوجود المعلق عليه مع القبول. والثاني: لا تطلق، لأن المعاوضة لا تقبل التعليق فيمتنع معه ثبوت المال فينتفي الطلاق المربوط به ويقع الطلاق (**بالمسمى**) كما في الطلاق المنجز، ولا يتوقف وجوبه على الطلاق، بل يجب تسليمه في الحال كما في أصل الروضة وإن كان ظاهر عبارة المصنف أنه لا يجب إلا عند وجود المعلق عليه؛ لأن الأعواض المطلقة يلزمها تسليمها في الحال والمعوّض تأخر لوقوعه في التعليق، بخلاف المنجز من خلع وغيره يجب فيه تقارن العوضين في الملك (و) طلقت (**في وجه، أو قول بمهر المثل**) لأن المعاوضة لا تقبل التعليق فيؤثر فساد العوض دون الطلاق لقبوله التعليق وإذا فسد العوض وجب مهر المثل.

تنبيه: تبع المحرر في التردّد في أن الخلاف وجهان أو قولان، والذي اقتضاه كلام الروضة وأصلها ترجيح أنه وجه حيث قالا: وجهان، ويقال: قولان، ويستثنى من صحة تعليق الخلع بالمسمى ما لو قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق على مائة وهي حامل في غالب الظن فتطلق إذا

وَيَصِحُّ اخْتِلَاعُ أَجْنَبِيّ، وَإِنْ كَرِهَتِ الزَّوْجَةُ وَهُوَ كَاخْتِلَاعِهَا لَفْظاً وَحُكْماً وَلِوَكِيلِهَا أَنْ يَخْتَلِعَ لَهُ، وَلِلأَجْنَبِيِّ تَوْكِيلُهَا فَتَتَخَيَّرَ هِيَ،

أعطته وله عليها مهر مثل كما حكاه الرافعي عن نص الإملاء. ثم شرع في خلع الأجنبي سواء أكان ولياً لها أم غيره فقال (**ويصح اختلاع أجنبي**) مطلق التصرّف بلفظ خلع أو طلاق (**وإن كرهت الزوجة**) ذلك؛ لأن الطلاق مما يستقلّ به الزوج، والأجنبي مستقل بالالتزام، وله بذل المال والتزامه فداء؛ لأن الله تعالى سمى الخلع فداء فجاز كفداء الأسير، وكما يبذل المال في عتق عبد لسيده تخليصا له من الرق، وقد يكون للأجنبي فيه غرض ديني بأن يراهما لا يقيمان حدود الله، أو يجتمعان على محرم، والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك فيفعل طلباً لثواب، أو دنيوي لغرض مباح (**وهو**) أي اختلاع الإجنبي مع الزوج (**كاختلاعها**) أي الزوجة (**لفظاً**) أي في ألفاظ الالتزام (**وحكماً**) في جميع ما مرّ، فهو من جانب الزوج ابتداء معاوضة فيها شوب تعليق، ومن جانب الأجنبي ابتداء معاوضة فيها شوب جعالة، فإذا قال الزوج للأجنبي: طلقت امرأتي على ألف في ذمتك فقبل، أو قال الإجنبي للزوج طلق امرأتك على ألف في ذمّتي فأجابه بانت بالمسمى، وللزوج أن يرجع قبل قبول الأجنبي نظراً للمعاوضة ووقع للشارح أنه قال: نظراً لشوب التعليق، وهو سبق قلم، وللأجنبي أن يرجع قبل إجابة الزوج نظراً لشوب الجعالة إلى غير ذلك من الأحكام.

تنبيه: يستثنى من قوله وحكماً صور: إحداها ما لو كان له امرأتان فخالع الأجنبي عنهما بألف مثلاً من ماله صح بألف قطعاً وإن لم يفصل حصة كل منهما؛ لأن الألف تجب للزوج على الأجنبي وحده، بخلاف الزوجتين إذا اختلعتا فإنه يجب أن يفصل ما يلتزمه كل منهما، قاله الماوردي. الثانية لو اختلعت المريضة بما يزيد على مهر المثل فالزيادة من الثلث والمهر من رأس المال وفي الأجنبي الجميع من الثلث. الثالثة: لو قال الأجنبي: طلقها على هذا المغصوب، أو على هذا الخمر أو نحو ذلك وطلق وقع رجعياً، بخلاف ما إذا التمست المرأة ذلك فإنه يقع بائناً؛ لأن البضع يقع للمرأة فيلزمها بدله، بخلاف الأجنبي. الرابعة: لو سألت الخلع بمال في الحيض فلا يحرم بخلاف الأجنبي.

فائدة: أخذ السبكي من صحة خلع الأجنبي جواز بذل مال لمن بيده وظيفة يستنزله عنها لنفسه أو غيره، ويحل له حينئذ أخذ العوض، ويسقط حقه منها، ويبقى الأمر بعد ذلك لناظر الوظيفة يفعل ما تقضيه المصلحة شرعاً، وقد مرّت الإشارة إلى ذلك، وإنما كرّرته؛ لأن الناس كثر منهم الوقوع في ذلك (**ولوكيلها**) في الاختلاع (**أن يختلع له**) أي لنفسه بالتصريح أو بالنّية فيكون خلع أجنبي والمال عليه: كما لو لم توكله وإن صرّح بالوكالة أو نواها فلها، وإن أطلق وقع لها كما قاله الغزالي، وفي كلام الشافعي والأصحاب ما يدل له وإن بحث الرافعي وقوع الخلع له لعود المنفعة إليها (**وللأجنبي توكيلها**) في الاختلاع عنه (**فتتخير هي**) بين اختلاعها لنفسها وبين اختلاعها له بأن تصرّح أو تنوي كما مرّ، فإن أطلقت وقع لها على قياس ما مرّ عن

وَلَوِ اخْتَلَعَ رَجُلٌ وَصَرَّحَ بِوَكَالَتِهَا كَاذِباً لَمْ تُطَلَّقْ وَأَبُوهَا كَأَجْنَبِيٍّ فَيَخْتَلِعُ بِمَالِهِ، فَإِنِ اخْتَلَعَ بِمَالِهَا وَصَرَّحَ بِوَكَالَةٍ أَوْ وِلَايَةٍ لَمْ تُطَلَّقْ، أَوْ بِاسْتِقْلَالٍ فَخُلْعٌ بِمَغْصُوبٍ.

فَصْلٌ

ادَّعَتْ خُلْعاً فَأَنْكَرَ

الغزالي.

تنبيه: حيث صرّح الأجنبي أو الزوجة بالوكالة فالمطالب بالعوض الموكل فالمطالب المباشر، ثم يرجع إذا غرم على الموكل حيث نوى الخلع له، أو أطلق في الأولى كما اقتضاه كلام الروض **(ولو اختلع رجل)** أجنبي مثلاً **(وصرّح بوكالتها)** أي الزوجة حالة كونه **(كاذباً)** فيها **(لم تطلق)** لارتباط الطلاق بلزوم المال عليها وهي لم تلتزمه، وهذا حيث لم يعترف الزوج بالوكالة، فإن اعترف بها أو ادّعاها بانت بمقتضى قوله ولا شيء له **(وأبوها كأجنبي)** فيما ذكر **(فيختلع)** لها **(بماله)** أي يجوز له ذلك صغيرة كانت أو كبيرة **(فإن اختلع بمالها وصرّح بوكالة)** كاذباً **(أو ولاية لم تطلق)** لأنه ليس بوكيل ولا وليّ في ذلك، إذ الولاية لا تثبت له التبرّع في مالها. واستثنى الزركشي مالها العام كالوقف على من يختلع؛ لأنها لم تملكه قبل الخلع اهـ. وهذا الاستثناء ممنوع؛ لأنه قبل الخلع بمالها كما يؤخذ من تعليله **(أو)** صرّح **(باستقلال)** كاختلعت لنفسي أو عن نفسي **(فخلع بمغصوب)** لأنه حينئذ غاصب لمالها بائناً بمهر المثل في الأظهر لفساد العوض، فإن لم يصرّح بشيء مما ذكر كأن قال: طلقها على عبدها، أو على هذا المغصوب، أو الخمر مقتصراً على ذلك وقع الطلاق رجعياً للحجر عليه في مالها بما ذكر كما في السفيه، فلو أشار الأب أو الأجنبي الى عبدها وقال: طلقها بهذا العبد ولم يذكر أنه من مالها ولا أنه مغصوب وقع الطلاق بائناً بمهر المثل، ولو علم الزوج أنه عبدها.

تنبيه: محل ما ذكره المصنف في غير الصداق. أما لو اختلع الأب بصداقها كأن قال: طلقها وأنت بريء من صداقها ففعل وقع رجعياً، ولا يبرأ من صداقها، ولا شيء على الأب إذ ليس له الإبراء ولم يلتزم في نفسه شيئاً، فلو التزم مع ذلك درك براءة الزوج كأن قال: وضمنت براءتك من الصداق، أو قال: هو أو أجنبي طلقها على عبدها وعليّ ضمانه بانت ولزمه مهر المثل؛ لأنه التزام المال في نفسه فكان كخلعها بمغصوب، فإن كان جواب الزواج بعد ضمان الدرك إن برئت من صداقها فهي طالق لم تطلق؛ لأن الصفة المعلق عليها لم توجد، ولو اختلعت المرأة بمال في ذمتها، ولها على الأزواج صداق لم يسقط بالخلع، وقد يقع التقاصّ إذا اتفقا جنساً وقدراً وصفة.

فصل

في الاختلاف في الخلع أو عوضه: إذا **(ادّعت)** أي الزوجة **(خلعاً فأنكره)** الزوج ولا

صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ قَالَ طَلَّقْتُكِ بِكَذَا فَقَالَتْ مَجَّاناً بَانَتْ وَلاَ عِوَضَ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ عِوَضِهِ، أَوْ قَدْرِهِ وَلاَ بَيِّنَةَ تَحَالَفَا وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ، وَلَوْ خَالَعَ بِأَلْفٍ وَنَوَيَا نَوْعاً لَزِمَ، وَقِيلَ مَهْرُ مِثْلٍ، وَلَوْ قَالَ أَرَدْنَا دَنَانِيرَ فَقَالَتْ بَلْ دَرَاهِمَ أَوْ فُلُوساً تَحَالَفَا عَلَى الأَوَّلِ،

بينة (**صدّق بيمينه**) إذ الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع، فإن أقامت بذلك بينة فلا بدّ من رجلين، وإذا ثبت فلا مطالبة له بالمال؛ لأنه ينكره إلا أن يعود ويعترف بالخلع فيستحقه، قاله الماوردي وغيره (**وإن قال طلقتك بكذا**) كألف (**فقالت**) بل طلقتني (**مجاناً**) أو لم تطلقني (**بانت**) **بقوله** (**ولا عوض**) عليها للزوج إن حلفت على نفيه، أما البينونة فلإقراره. وأما عدم العوض فلأن الأصل براءة ذمتها، فإن أقام بالعوض بينة، أو رجلاً وامرأتين، أو حلف معه، أو عادت واعترفت بعد يمينها بما ادّعاه لزمها العوض.

تنبيه: قوله: بانت يقتضي أنه لا نفقة ولا كسوة لها في العدّة، وليس مراداً، بل عليه ذلك إلى انقضاء العدّة ولا يرثها، ولو مات هو في عدّتها ورثت هي منه كما قاله الأذرعي، وصورة المسألة أن يقرّ بأن المال مما يتم الخلع بدون قبضه، فإن أقرّ بأنه خالعها على تعجيل شيء لا يتم الخلع إلا بقبضه لم يلزمه شيء إلا بعد قبضه، نصّ عليه في البويطي وهو ظاهر، ولو قال: سألت الطلاق بألف فأنكرت السؤال أو ادّعت طول الفصل بين الإيجاب والقبول صدّقت بيمينها في نفي العوض، لأن الأصل براءة ذمتها وعدم الطلاق في الوقت الذي يدّعيه (**وإن اختلفا في جنس عوضه**) أدراهم أو دنانير، أو صفته كصحاح أو مكسرة (**أو**) في (**قدره**) كألف فقالت بل بخمسمائة، أو في عدد الطلاق الذي وقع به الخلع كقولها: سألتك ثلاث طلقات بألف، فقال: بل واحدة بألف (**ولا بينة**) لواحد منهما (**تحالفا**) كما في البيع (**ووجب**) لبينونتها بفسخ العوض منهما أو من أحدهما أو الحاكم (**مهر مثل**)؛ لأنه المردّ وكيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدم في البيع، فإن كان لأحدهما بينة عمل بها أو لكل منهما بينة واستويا تاريخاً سقطتا، فإن اختلف تاريخهما السابقة (**ولو خالع بألف**) مثلاً وفي البلد نوعان مثلاً من الدراهم لا غالب فيهما (**ونويا نوعاً**) منهما (**لزم**) المنوي إلحاقاً له بالملفوظ بخلاف البيع، لأنه يحتمل في الخلع ما لا يحتمل في البيع، ولهذا يملك العوض فيه بالإعطاء بخلاف البيع (**وقيل**): يفسد المنوي ويلزم (**مهر مثل**) بالجهالة في اللفظ، ولا عبرة بالنية.

تنبيه: أفهم كلامه أنهما لو لم ينويا شيئاً فسدت التسمية ولزم مهر المثل وهو كذلك (**ولو**) اختلفت نيتاهما بأن أراد كل منهما جنساً وتصادقا فلا فرقة لعدم صحة العقد، وإن تكاذبا كأن (**قال: أردنا**) بالألف التي أطلقناها (**دنانير فقالت: بل**) أردنا (**دراهم**) فضة (**أو فلوساً تحالفا على الأوّل**) وهو لزوم المنوي كالملفوظ؛ لأنه يرجع إلى الاختلاف في جنس العوض وبانت

وَوَجَبَ مَهْرُ مِثْلٍ بِلاَ تَحَالُفٍ في الثَّانِي، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بمهر مثل بعد الفسخ **(ووجب مهرمثل بلا تحالف في الثاني)** وهو لزوم مهر مثل ما مرّ فيه.

خاتمة: لو قالت له: طلقني وأنت برىء من صداقي أو ولك عليّ ألف فطلقها بانت به؛ لأنها صيغة التزام، أو إن طلقتني فأنت برىء أو فقد أبرأتك من صداقي فطلقها لم يبرأ منه ووقع الطلاق رجعياً، لأن الإبراء لا يعلق، وطلاق الزوج طمعاً في البراة من غير لفظ صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً. قال في الروضة: ولا يبعد أن يقال: طلق طمعاً في شيء ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسداً كالخمر أي فيقع بائناً بمهر المثل، إذ لا فرق بين ذلك وبين قولها: إن طلقتني فلك ألف، فإن كان ذاك تعليقاً للإبراء فهذا تعليق للتمليك، وجزم بهذا ابن المقري في روضه تبعاً لأصله في أواخر الباب. وقال الزركشي تبعاً للبلقيني: التحقيق المعتمد أنه إن علم الزوج صحة تعليق الإبراء وقع الطلاق رجعياً أو ظن صحته وقع بائناً بمهر المثل اهـ. وهو جمع حسن، واعتمد السبكي الثاني. وقال ابن الرفعة: إنه الحق، وفي فتاوى القفال، لو قال لزوجته: إن أبرأتني فأنت طالق، فقالت: قد أبرأتك لم يكن شيئاً؛ لأنه لم يقل إن أبرأتني من مهرك أو دينك، وإن أراد الإبراء من المهر صح إن كانت عالمة بمقداره بخلاف ما إذا كانت جاهلة؛ لأنه إبراء عن مجهول، وإذا كانت عالمة به هل يقع الطلاق رجعياً، كما قال به القفال أو بائناً كما هو أحد جوابي القاضي؟ وجهان، أصحهما الثاني كما صرّح به جماعة، ولو طلب منها البراءة على الطلاق، فقالت: أبرأك الله تعني بذلك أبرأتك، فقال لها: أنت طالق ثم قال أردت الإيقاع بشرط صحة البراءة قبل منه ظاهراً، فلو تبين جهلها بما أبرأت لم يقع الطلاق، كما قاله بعض المتأخرين.

فائدة: ضابط مسائل الخلع: أن منها ما يقع فيه الطلاق بالمسمى، ومنها ما يقع فيه بمهر المثل، ومنها ما يقع رجعياً، ومنها ما لا يقع أصلاً، فالذي يقع فيه الطلاق بالمسمى أن تكون الصيغة صحيحة والعوض صحيحاً، والذي يقع فيه بمهر المثل هو الذي تكون الصيغة فيه صحيحة والفساد في العوض، والذي يقع فيه رجعياً هو الذي يكون الفساد فيه من جهة الصيغة ويكون الطلاق فيه من جهة الزوج منجزاً غير معلق، والذي لا يقع أصلاً هو الذي يكون الطلاق فيه معلقاً ولم يوجد شرطه **(والله أعلم)**.

كِتَابُ الطَّلَاقِ

يُشْتَرَطُ لِنُفُوذِهِ التَّكْلِيفُ

كِتَابُ الطَّلَاقِ

هو لغة حلّ القيد والإطلاق، ومنه ناقة طالق أي مرسلة بلا قيد، وشرعاً حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، وعرّفه المصنف في تهذيبه بأنه تصرف مملوك للزوج بلا سبب فيقطع النكاح. والأصل فيه قبل الإجماع الكتاب كقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة ٢٢٩]. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق ١] والسنة: كقوله ﷺ: «لَيْسَ شَيْءٌ مِنَ الحَلَالِ أَبْغَضَ إِلَى اللَّهِ مِنَ الطَّلَاقِ» رواه أبو داود بإسناد صحيح والحاكم وصححه، وقوله ﷺ: «أَتَانِي جِبْرِيلُ فَقَالَ لِي رَاجِعْ حَفْصَةَ فَإِنَّهَا صَوَّامَةٌ قَوَّامَةٌ وَإِنَّهَا زَوْجَتُكَ فِي الجَنَّةِ» رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن. وأركانه خمسة: مطلق وصيغة ومحل وولاية وقصد، وقد شرع في شرط الركن الأوّل وهو المطلق. فقال (يشترط لنفوذه) أي الطلاق من المطلق منجزاً كان أو معلقاً (التكليف) أي أن يكون مكلفاً فيصح من السفيه والمريض، أي ولو كان هازلاً، ولا يصح من غير مكلف كصبي ومجنون ومغمى عليه ونائم لا تنجيزاً ولا تعليقاً، وإن وجدت الصفة بعد الأهلية في المعلق لفساد عبارته، ولخبر «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ» نعم لو تولد جنون من سكر تعدّى فيه نفذ طلاقه

---

(١) الطلاق لغة مصدر طلقت المرأة: بانت من زوجها، وأصل الطلاق في اللغة: التخلية، يقال: طلقت الناقة: إذا سرحت حيث شاءت، وحبس فلان في السجن طلقاً بغير قيد، وفرس طلق إحدى القوائم: إذا كانت أحدى قوائمها غير محجلة، والإطلاق: الإرسال.

انظر: الصحاح ١٥١٨/٤، المغرب ٢٥/٢، لسان العرب ٢٢٥/١٠، والمصباح المنير ٥٧٣/٢.

اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: إزالة النكاح الذي هو قيد معنى.

عرفه المالكية بأنه: إزالة القيد وإرسال العصمة، لأن الزوجة تزول عن الزوج.

عرفه الحنابلة بأنه: حل قيد النكاح أو بعضه.

انظر: الاختيار لتعليل المختار ص ٦٢، التبيين ١٨٨/٢، الدرر ٣٥٨/١، البدائع ١٧٦٥/٤، الخرشي على مختصر سيدي خليل ١١/٣، الكافي ٥٧١/٢، كشاف القناع ٢٣٢/٥، والمغني ٣٦٣/٧، والإشراف ١٤٦/٢.

أَلَّا السَّكْرَانَ، وَيَقَعُ بِصَرِيحِهِ بِلَا نِيَّةٍ، وَبِكِنَايَةٍ بِنِيَّةٍ،

في جنونه، وقد يتصوّر طلاق المجنون بغير سكر تعدّى فيه، والمغمى عليه والنائم بما إذا علق الطلاق في حال التكليف على صفة فوجدت وهو غير مكلف، فإن قيل: أهمل المصنف شرطين آخرين: أحدهما كونه من زوج أو وكيله فلا يقع طلاق غيره إلا فيما سيأتي في المولى يطلق عليه الحاكم، ثانيهما: الاختيار ليخرج المكره بغير حق. أجيب عن إهماله الأوّل بأنه إحالة على ما صرّح به في الخلع وعلى ما سيذكره من أنه لا يصح تعليقه ملك النكاح، وعن الثاني بأنه أهمله لذكره حكم المكره بعد ذلك. قال المصنف زيادة على الرافعي وغيره **(إلا السكران)** المتعدّى بسكره كأن شرب خمراً أو دواء مجنناً بلا حاجة فيصح منه، ولو كان السكر طافحاً عليه بحيث يسقط كالمغمى عليه مع أنه غير مكلف كما نقله في الروضة عن أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول تغليظاً عليه لعصيانه بإزالة عقله فجعل كأنه لم يزل، قال: ولكن مراد أهل الأصول أنه غير مخاطب حال السكر، ومرادنا هنا أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد. قال الغزالي في المستصفى: ولأن صحته من قبيل ربط الأحكام بالأسباب وأجاب عن قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾ [النساء ٤٣]. الذي استند إليه الجويني وغيره في تكليف السكران بأن المراد به من هو في أوائل السكر وهو المنتشيء لبقاء عقله، ولذا يصح منه سائر أفعاله وأقواله مما له وعليه معاً كالبيع والإجارة، أو منفردين كالإسلام والطلاق، ويصح طلاقه بالكناية خلافاً لابن الرفعة وشمل ذلك الكافر، . وإن لم يعتقد حرمة شرب الخمر، لأنه مخاطب بفروع الشريعة، وخرج بالمتعدّي غيره كمن أكره على شرب مسكر أو لم يعلم أنه مسكر أو شرب دواء مجنناً لحاجة فلا يقع طلاقه لعدم تعدّيه والرجوع في معرفة السكران إلى العرف، وقيل: أدنى السكر أن يختلّ كلامه المنظوم، وينكشف سرّه المكتوم كما عبر به الشافعي رضي الله تعالى عنه وإن لم يجعله أدنى. قال ابن المقري: ولا يحتاج على الوجه الصحيح إلى معرفة السكر لأنه إما صاح وإما سكران زائل العقل، وحكمه وحكم الصاحي سواء، بل يحتاج إلى معرفة السكر في غير المتعدّى به، وفيما إذا قال: إن سكرت فأنت طالق اهـ. أي فيحد حينئذ بما ذكر وهو حسن، ولو قال السكران بعد ما طلق: إنما شربت الخمر مكرهاً وثم قرينة أو لم أعلم أن ما شربته مسكر صدق بيمينه، نعم من لم يعرف حكم الإكراه فإن يستفسر كما قاله بعض المتأخرين، أما إذا شرب أو أكل ما يزيل العقل لحاجة كالتداوي فإنه كالمجنون كما صرّح به في المهذب والوجيز وأصل الروضة.

ثم شرع في الركن الثاني وهو الصيغة فقال **(ويقع)** الطلاق من مسلم أو كافر **(بصريحه)** وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق **(بلا نية)** لإيقاع الطلاق ولو قال: لم أنو به الطلاق لم يقبل، وحكى الخطابي فيه الإجماع **(و)** يقع أيضاً **(بكناية)** وهي ما يحتمل الطلاق وغيره لكن **(بنية)** لإيقاعه. فإن قيل: سيأتي أنه يشترط قصد لفظ الطلاق لمعناه، ولا يكفي قصد حروف الطلاق من غير قصد معناه، فكيف يقال أن الصريح لا يحتاج إلى نية بخلاف الكناية. أجيب بأن كلا

فَصَرِيحُهُ الطَّلَاقُ وَكَذَا الْفِرَاقُ وَالسَّرَاحُ عَلَى الْمَشْهُورِ كَطَلَّقْتُكِ وَأَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَيَا طَالِقُ، لَا أَنْتِ طَلَاقٌ وَالطَّلَاقُ فِي الأَصَحِّ،

منهما يشترط فيه قصد اللفظ لمعناه حتى يخرج العجمي إذا لقن كلمة الطلاق وهو لا يعرف معناها فلا يقع طلاقه، والمراد بالنية في الكناية أن يقصد الإيقاع، وليس بشرط لمن عرف معناه وحينئذ فقول المصنف بلا نية أي بلا نية الإيقاع، أما قصد التلفظ به فيشترط. نعم المكره إن نوى مع الصريح الوقوع وقع وإلا فلا.

تنبيه: أفهم كلامه أنه لا يقع طلاق بنية من غير لفظ وهو كذلك ولا بتحريك لسانه بكلمة الطلاق إذا لم يرفع صوته بقدر ما يسمع نفسه مع اعتدال سمعه وعدم المانع؛ لأن هذا ليس بكلام.

تنبيه: لو أتى بكناية من كناية الطلاق وضم إليها من الألفاظ ما يدل على المراد كأنت بائن بينونة محرمة لا تحلي لي أبداً لم تخرج عن كونها كناية، واستشكل بما ذكروه في الوقف من أنه لو قال: تصدّقت بكذا كان كناية، فلو أضاف إليه لا يباع ولا يوهب، فالأصح صراحته (**فصريحه**) جزماً (**الطلاق**) أي ما اشتق منه كما سيأتي لاشتهاره فيه لغة وعرفاً (**وكذا الفراق والسراح**) بفتح السين أي ما اشتق منهما (**على المشهور**) فيهما لورودهما في القرآن بمعناه والثاني، أنهما كنايتان؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهار الطلاق ويستعملان فيه وفي غيره.

تنبيه: جملة قوله وكذا الخ معطوف على الطلاق لا على صريحه وإلا يلزم حصر صريح في الطلاق مع أن من صريحه ما مرّ في باب الخلع من أن الخلع صريح في الأصح إن ذكر المال وكذا المفاداة، وظاهر كلامهم أنه لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر، والظاهر ما قاله الماوردي في نكاح المشرك أن كل ما كان عند المشركين صريحاً في الطلاق أجرى عليه حكم الصريح وإن كان كناية عندنا، وكل ما كان عندهم كناية أجرى عليه حكم الكناية وإن كان صريحاً عندنا؛ لأنا نعتبر عقودهم في شركهم، فكذا طلاقهم، وأمثلة المشتق من الطلاق (**كطلقتك وأنت طالق ومطلقة**) بالتشديد ويا مطلقة (**ويا طالق**) إن لم يكن اسمها ذلك وإلا فكناية كما جزم به المصنف وغيره، ولو حذف المفعول كأن قال: طلقت، أو المبتدأ وحرف النداء كأن قال: طالق لم يقع الطلاق كما هو ظاهر كلامهم، وصرّح به القفال في الأولى (**لا أنت طلاق والطلاق**) فليسا بصريحين (**في الأصح**) بل كنايتان: لأن المصادر إنما تستعمل في الأعيان توسعاً. والثاني: أنهما صريحان كقوله: يا طالق، ويقاس بما ذكر فارقتك وسرّحتك فهما صريحان، وكذا أنت مفارقة ومسرحة، ويا مفارقة، ويا مسرحة، وأنت فراق، والفراق وسراح والسراح كنايات، ولو قال: أردت بالطلاق إطلاقها من وثاق أو بالفراق مفارقة المنزل، أو فراقاً بالقلب، أو بالسراح تسريحها إلى منزل أهلها أو أردت غير هذه الألفاظ فسبق لساني إليها ولم يكن قرينة تدل على ذلك لم يقبل في الظاهر؛ لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ عرفاً،

وَتَرْجَمَةُ الطَّلَاقِ بِالْعَجَمِيَّةِ صَرِيحٌ عَلَى المَذْهَبِ وَأَطْلَقْتُكِ وَأَنْتِ مُطْلَقَةٌ كِنَايَةٌ، وَلَوِ اشْتَهَرَ لَفْظٌ لِلطَّلَاقِ كَالحَلَالُ أَوْ حَلَالُ اللَّهِ عَلَيَّ حَرَامٌ فَصَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ. قُلْتُ: الْأَصَحُّ أَنَّهُ كِنَايَةٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ودين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يحتمل ما ادّعاه، فإن كانت قرينة: كما لو قال ذلك وهو يحلها من وثاق قبل ظاهراً لوجود القرينة الدالة على ذلك، فإن صرّح بما ذكر كأن قال: أنت طالق من وثاق أو من العمل، أو سرحتك إلى كذا كان كناية إن قصد أن يأتي بهذه الزيادة قبل فراغه من الحلف وإلا فصريح، ويجري ذلك فيمن يحلف بالطلاق من ذراعه أو فرسه أو رأسه أو نحو ذلك ولو أتى بالتاء المثناة من فوق بدل الطاء كأن يقول: أنت تالق كان كناية كما أفاده شيخي. قال: سواء كانت لغته كذلك أم لا، ولو قال: نساء المسلمين طوالق لم تطلق زوجته إن لم ينو طلاقها بناء على الأصح من أن المتكلم لا يدخل في عموم كلامه، وليس قوله: بانت مني امرأتي أو حرمت عليّ إقراراً بالطلاق؛ لأنه كناية فيتوقف على النية **(وترجمة)** لفظ **(الطلاق بالعجمية صريح على المذهب)** لشهرة استعمالها في معناها عند أهلها شهرة استعمال العربية عند أهلها ويفرق بينها وبين عدم صراحة نحو حلال الله عليّ حرام عند المصنف كما سيأتي بأنها موضوعة للطلاق بخصوصه بخلاف ذلك وإن اشتهر فيه، والطريق الثاني وجهان: أحدهما: أنه كناية اقتصاراً في الصريح على العربي لوروده في القرآن وتكرّره على لسان جملة الشرع.

تنبيه: اقتصار المصنف على الطلاق قد يفهم أن ترجمة الفراق والسراح كناية وهو كذلك: كما صححه في أصل الروضة وجزم به ابن المقري في روضه للاختلاف في صراحتهما بالعربية فضعفا بالترجمة. فإن قيل: تخصيص المصنف الترجمة بالعجمية قاصر فإن غير العجمية من اللغات كذلك، ولهذا عبر في المحرر بسائر اللغات. أجيب بأن مراده بالعجمية ما عدا العربية من سائر اللغات **(و)** كل من **(أطلقتك وأنت مطلقة)** بسكون الطاء **(كناية)** لعدم اشتهاره في معنى الطلاق.

تنبيه: قول المصنف كناية أولى من قول المحرّر ليس بصريح، إذ لا يلزم من نفي صراحته إثبات كنايته **(ولو اشتهر)** عرفاً **(لفظ للطلاق كالحلال)** بضم اللام عليّ حرام **(أو حلال الله عليّ حرام)** أو أنت عليّ حرام وكذا الحرام يلزمني أو عليّ الحرام كما بحثه الزركشي **(فصريح في الأصح)** عند من اشتهر عندهم: كما قاله الرافعي تبعاً للمراوزة لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم عندهم **(قلت: الأصح)** المنصوص وعليه الأكثرون **(أنه كناية)** مطلقاً **(والله أعلم)** لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به وتكرّره على لسان حملة الشرع، وليس المذكور كذلك، أما من لم يشتهر عندهم فكناية في حقهم جزماً.

تنبيه: قول الزوج لزوجته ألقيت عليك طلقة صريح، وفي قوله لها: وضعت عليك طلقة

وَكِنَايَتُهُ كَـأَنْتِ خَلِيَّةٌ بَرِيَّةٌ بَتَّةٌ بَتْلَةٌ بَائِنٌ اعْتَدِّى اسْتَبْرِئِي رَحِمَكِ إِلْحَقِي بِـأَهْلِكِ، حَبْلُكِ عَلَى غَـارِبِكِ، لَا أَنْدَهُ سَرْبَكِ، اعْزُبِي اغْرُبِي دَعِينِي

أو لك طلقة وجهان: أوجههما أنه صريح في الأولى قياساً على ألقيت عليك طلقة كناية في الثانية كما قاله شيخنا، وإن كان كلام الرافعي يميل إلى الصراحة وقوله لها: لم يبق بيني وبينك شيء وبيعه لها بصيغة البيع بلا عوض أو به، أو أبرأتك أو عفوت عنك، أو برئت من نكاحك، أو برئت إليك من طلاقك كناية، معناه في الأخيرة برئت منك بواسطة إيقاع الطلاق عليك، وهذا بخلاف قوله لها: برئت من طلاقك فليس بكناية فلا يقع به طلاق وإن نواه، وإن قال الأذرعي: لا يبعد إيقاعه به، وقوله: الطلاق لازم لي أو واجب عليّ صريح، بخلاف قوله: فرض عليّ؛ للعرف في ذلك. قال في البحر عن المزني: ولو قال: عليّ الطلاق فهو كناية. وقال الصيمري: إنه صريح، وهو كما قال شيخنا أوجه، بل قال الزركشي وغيره إنه الحق في هذا الزمن لاشتهاره في معنى التطليق، فقول ابن الصلاح في فتاويه: إنه لا يقع به شيء محمول على أنه لم يشتهر في زمنه ولم ينو به الطلاق، وقوله لها: طلقك الله، ولغريمه أبرأك الله، وقوله لأمته: أعتقك الله صريح في الطلاق والإبراء والعتق، إذ لا يطلق الله ولا يبرىء،ولا يعتق إلا والزوجة طالق، والغريم بريء، والأمة معتقة. فإن قيل: قد تقدّم في البيع أن باعك الله وأقالك الله كناية، فهلا كان ما ذكر كذلك؟ أجيب بأن الصيغ هنا قوية لاستقلالها بالمقصود بخلاف صيغتي البيع والإقالة، وقوله لها: طلاقك عليّ أو لست زوجتي كناية، وفارق الأوّل منهما على الطلاق على قول الصيمري باحتماله طلاقك فرض عليّ مع عدم اشتهاره بخلاف عليّ الطلاق (وكنايته) أي الطلاق (كأنت خلية) أي خالية مني، وكذا يقدّر الجارّ والمجرور فيما بعده (برية) بهمز وتركه بخطه، وحيث قلت بخطه، المراد المصنف: أي منفصلة (بتة) بمثناة قبل آخره أي مقطوعة الوصلة. مأخوذة من البتّ، وهو القطع.

تنبيه: تنكير البتة جوّزه الفرّاء. والأصح، وهو مذهب سيبويه أنه لا يستعمل إلا معرّفاً باللام (بتلة) أي متروكة النكاح، ومنه: نهى عن التبتل (بائن) من البين وهو الفراق.

تنبيه: قوله بائن هو اللغة الفصحى، والقليل بائنة (اعتدي استبرئي رحمك) أي لأني طلقتك، وسواء في ذلك المدخول بها وغيرها (إلحقي بأهلك) بكسر الهمزة وفتح الحاء، وقيل بالعكس، وجعله المطرزي خطأ أي لأني طلقتك، سواء أكان لها أهل أم لا (حبلك على غاربك) أي خليت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء وزمامه على غاربه، وهو ما تقدّم من الظهر وارتفع من العنق ليرعى كيف شاء (لا أنده سربك) من النده، وهو الزجر أي لا أهتمّ بشأنك لأني طلقتك، والسَربْ بفتح السين وسكون الرّاء المهملتين الإبل وما يرعى من المال، أما بكسر السين فالجماعة من الظباء والبقر، ويجوز كسر السين هنا (اعزبي) بمهملة ثم زاي أي تباعدي عني (اغربي) بمعجمة ثم راء أي صيري غريبة بلا زوج (دعيني) أي اتركيني

وَدِّعِيني وَنَحْوِهَا، وَالإِعْتَاقُ كِنَايَةُ طَلَاقٍ وَعَكْسُهُ، وَلَيسَ الطَّلَاقُ كِنَايَةَ ظِهَارٍ وَعَكْسُهُ،

لأني طلقتك (ودّعيني) بتشديد الدال المكسورة من الوداع، فواوه أصلية لا عاطفة أي لأني طلقتك (ونحوها) كقوله: لا حاجة لي فيك أي لأني طلقتك، وذوقي أي مرارة الفراق، وتزّودي أي استعدّي للحوق بأهلك، وتقنعي واستتري، أي لأني طلّقتك فأنت محرّمة عليّ فلا تحلّ لي رؤيتك، وتجرّعي أي كأس الفراق، وابعدي لأنك أجنبية مني، واذهبي أي إلى أهلك لأني طلقتك لا اذهبي إلى بيت أبويّ إن نوى الطلاق بمجموعه؛ لأن قوله: إلى بيت أبويّ لا يحتمل الطلاق، فإن نواه بقوله: اذهبي وقع، إذ ضابط الكناية كل لفظ له إشعار قريب بالفراق ولم يشع استعماله فيه شرعاً ولا عرفاً كسافري، واخرجي، ويا بنتي إن أمكن كونها بنته، وإن كانت معلومة النسب من غيره كما إذا قاله لأمته، وإنما لم يكن صريحاً لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة، وتزوّجي وانكحي أي لأني طلقتك، وأحللتك أي للأزواج لأني طلقتك وفتحت عليك الطلاق أي أوقعته، ولعلّ الله يسوق إليك الخير أي بالطلاق، وبارك الله لك أي في الفراق لا إن قال: بارك الله فيك فليس بكناية؛ لأن معناه بارك الله لي فيك، وهو يشعر برغبته فيها، ووهبتك لأهلك أو للناس أو للأزواج أو للأجانب، ولا حاجة لي فيك، أنت وشأنك، وسلام عليك قاله ابن الصلاح؛ لأنه يقال عند الفراق. قال في المحرّر: ولا تكاد تنحصر (والإعتاق) صريحه وكنايته (كناية طلاق) لاشتراكهما في إزالة الملك، فقوله لزوجته: أعتقتك أو لا ملك لي عليك إن نوى به الطلاق طلقت، وإلا فلا (وعكسه) أي صريح الطلاق، وكنايته كناية إعتاق لما مرّ، فقوله لرقيقه: طلقتك أو أنت خليّ أو نحو ذلك إن نوى العتق عتق وإلا فلا. نعم قوله لعبده: اعتد أو استبرىء رحمك لغو لا يعتق به وإن نواه لاستحالة ذلك في حقه، ومثله كما بحثه شيخنا الخنثى وكناية في الأمة، وقوله لعبده أو أمته: أنا منك حر، أو أعتقت نفسي لغو لا يعتق به وإن نواه بخلاف الزوجة، لأن الزوجية تشمل الجانبين بخلاف الرّق فإنه يختص بالمملوك (وليس الطلاق كناية ظهار وعكسه) وإن اشتركا في إفادة التحريم؛ لأن تنفيذ كل منهما في موضوعه ممكن، فهذه المسألة من فروع ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره، فلو قال لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي ونوى الطلاق، أو أنت طالق ونوى الظهار لم يقع ما نواه بل يقع مقتضى الصريح، واستثنى من هذه القاعدة مسائل. منها ما لو قال المستحقّ عليه للمستحقّ: أردت بقولي أحلتك الوكالة وقال المستحق: بل أردت الحوالة صدّق المستحقّ عليه بيمينه. ومنها ما لو قال: تصدّقت فإنه صريح في بابه وكناية في الوقف. ومنها ما لو قال لزوجته: فسخت نكاحك وهو متمكن من الفسخ بعيبها ونوى الطلاق فهو طلاق مع أن الفسخ صريح في رفع نكاح المعيبة بحيث تبين به من غير طلاق فقد وجد نفاذاً في موضوعه حينئذ، وهو كناية في الطلاق. ومنها ما لو أسلم على أكثر من أربع، فقال لإحداهنّ فارقتك فإنه فسخ وإن كان لفظه صريحاً في الطلاق. ومنها ما لو قال لزوجته أنت عليّ حرام كظهر

وَلَوْ قَالَ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ أَوْ حَرَّمْتُكِ وَنَوَىٰ طَلَاقاً أَوْ ظِهَاراً حَصَلَ ،أَوْ نَوَاهُمَا ،تَخَيَّرَ وَثَبتَ مَا اخْتَارَهُ، وَقِيلَ طَلَاقٌ، وَقِيلَ ظِهَارٌ، أَوْ تَحْرِيمُ عَيْنِهَا لَمْ تَحْرُمْ، وَعَلَيْهِ كَفَارَةُ يَمِينٍ، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَكُنْ نِيَّةٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَالثَّانِي لَغْوٌ، وَإِنْ قَالَهُ لِأَمَتِهِ وَنَوَى عِتْقاً ثَبَتَ، أَوْ تَحْرِيمَ عَيْنِهَا أَوْ لَا نِيَّةَ فَكَالزَّوْجَةِ،

أمي، فالمجموع كناية في الطلاق مع أنه إذا أطلق كان ظهاراً **(ولو قال)** لزوجته رأسك أو فرجك أو **(أنت عليّ حرام أو حرمتك ونوى)** بذلك **(طلاقاً)** رجعياً أو بائناً وإن تعدّد **(أو)** نوى به **(ظهاراً)** أي أنها عليه كظهر أمه **(حصل)** ما نواه؛ لأن كلا منهما يقتضي التحريم، فجاز أن يكنى عنه بالحرام **(أو نواهما)** أي الطلاق والظهار معاً، وكذا متعاقبين كما قاله الشيخ أبو علي: أي قبل الفراغ من اللفظ كأن أراد أحدهما في أوّله والآخر في آخره **(تخير وثبت ما اختاره)** منهما، ولا يثبتان جميعاً؛ لأن الطلاق يزيل النكاح والظهار يستدعي بقاءه **(وقيل)** الواقع **(طلاق)** لأنه أقوى لإزالته الملك **(وقيل: ظهار)**؛ لأن الأصل بقاء النكاح.

تنبيه: هذان الوجهان مزيدان على المحرّر **(أو)** نوى بذلك **(تحريم عينها)** أو فرجها أو وطئها. قال الماوردي أو رأسها **(لم تحرم)** عليه وإن كره له ذلك لما روى النسائي «أن رجلاً سأل ابن عباس رضي الله عنهما. قال: إني جعلت امرأتي عليّ حراماً، فقال: كذبت ليست عليك بحرام، ثم قرأ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] الآية (و) لكن **(عليه كفارة يمين)** أي مثلها؛ لأن ذلك ليس بيمين؛ لأن اليمين إنما تنعقد باسم من أسمائه تعالى أو صفة من صفاته، ولا يتوقف وجوبها على الوطء كما لو قال ذلك لأمته أخذاً من قصة مارية لما قال لها رسول الله ﷺ: «هِيَ عَلَيَّ حَرَام» نزل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّه لَكَ﴾ إلى قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّه لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ١، ٢] أ أوجب عليكم كفارة ككفارة أيمانكم **(وكذا)** لا تحرم عليه وإن كره له ذلك، وعليه كفارة يمين في الحال أي مثلها كما مرّ **(ان لم تكن)** له **(نية)** في قوله: أنت عليّ حرام **(في الأظهر)** لعموم ما مرّ **(والثاني)** أن هذا القول **(لغو)** فلا كفارة عليه فيه، وعلى الأوّل لو قال: أردت به اليمين على ترك الوطء لم تسقط عنه الكفارة، إذ لا يقبل قوله: لما مرّ أن اليمين إنما تنعقد باسم من أسمائه تعالى أو صفة من صفاته **(وإن قاله)** أي أنت عليّ حرام أو نحوه مما مرّ **(لأمته ونوى عتقاً ثبت)** لأنه كناية فيه أو طلاقاً أو ظهاراً لغا، إذ لا مجال له في الأمة **(أو تحريم عينها)** أو نحوها مما مرّ، وهي حلال له **(أو لانية)** له **(فكالزوجة)** فيما مرّ، فلا تحرم عليه بذلك، ويلزمه كفارة يمين قطعاً في الأولى، وعلى الأظهر في الثانية. أما إذا كانت الأمة غير حلال له، فإن كانت محرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة فلا كفارة عليه لصدقه في وصفها بتحريمها عليه، وفي وجوب الكفارة بقوله: ذلك لأمته المزوّجة والمعتدّة والمجوسية ونحوها، كالمرتدّة والوثنية والمستبرأة وجهان يجريان في زوجة أحرمت أو اعتدّت بشبهة أوجههما لا كما جزم به الروياني في أمته المعتدّة والمجوسية والقاضي في المعتدة عن شبهة والمجوسية

وَلَوْ قَالَ هَذَا الثَّوْبُ أَوْ الطَّعَامُ أَوْ الْعَبْدُ حَرَامٌ عَلَيَّ فَلَغْوٌ، وَشَرْطُ نِيَّةِ الْكِنَايَةِ اقْتِرَانُهَا بِكُلِّ اللَّفْظِ، وَقِيلَ يَكْفِي بِأَوَّلِهِ، وَإِشَارَةُ نَاطِقٍ بِطَلَاقٍ لَغْوٌ،

والمرتدّة، ولا كفارة بذلك في رجعية لصدقه في وصفها وتجب في حائض ونفساء وصائمة ونحوها كمصلية؛ لأنها عوارض سريعة الزوال (ولو) حرم الشخص غير الأبضاع كأن (قال: هذا الثوب أو الطعام أو العبد حرام عليّ فلغو) لا كفارة فيه بخلاف الأبضاع لاختصاصها بالاحتياط ولشدّة قبولها التحريم بدليل تأثير الظهار فيها دون الأموال، وكالأموال قول الشخص لآخر ليس بزوجة ولا أمة له أنت عليّ حرام كما بحثه شيخنا رحمه الله.

تنبيهات: لو حرّم كل ما يملك وله نساء وإما لزمته الكفارة كم علم مما مرّ، زيكفيه كفارة واحدة، كما لو حلف لا يكلم جماعة وكلمهم، ومثله ما لو قال لأربع زوجات: أنتنّ عليّ حرام كما صرّح به في الروضة هنا، وما نقله في الظهار عن الإمام من تعدّدها ضعيف، ولو حرّم زوجته مرات في مجلس أو مجالس ونوى التأكيد، وكذا إن أطلق، سواء أكان في مجلس أو مجالس كما في الروضة في الأولى، وبحثه شيخنا في الثانية كفاه كفارة واحدة، وإن نوى الاستئناف تعدّدت بعدد المرّات كما في الروضة الثانية، وبحثه الزركشي في الأولى وإن أفهم كلامها خلافه. فإن قيل: لو نوى الاستئناف في نظيره من الأيمان لا تتعدّد الكفارة فكان القياس أن يكون هنا كذلك. أجيب بأن الحرام لما كان يصلح للطلاق نزل منزلته، والطلاق إذا نوى به الاستئناف يتعدّد، لأنه محصور في عدد فقصد الاستئناف يقتضي استيفاءه بخلاف الكفارة، ولأن الكفارة تشبه الحدود المتحدة الجنس فتتداخل بخلاف الطلاق، ولو قال: أنت عليّ كالميتة أو الخمر، أو الخنزير، أو الدم فكقوله: أنت حرام عليّ فيما مرّ. نعم إن قصد به الاستقذار فلا شيء عليه ولا تلحق الكناية بالصريح مواطأة كالتواطؤ على جعل قوله: أنت عليّ حرام كطلقتك، بل تكون كما لو ابتدأ به، ولا سؤال المرأة الطلاق، ولا قرينة من غضب ونحوه (وشرط نية الكناية اقترانها بكل اللفظ) كما في المحرّر وجرى عليه البلقيني فلو قارنت أوّله وعزبت قبل آخره لم يقع طلاق (وقيل: يكفي) اقترانها (بأوّله) فقط وينسحب ما بعده عليه. ورجحه الرافعي في الشرح الصغير، ونقل في الكبير ترجيحه عن الإمام وغيره، وصوّبه الزركشي، والذي رجحه ابن المقري وهو المعتمد أنه يكفي اقترانها ببعض اللفظ، سواء أكان من أوّله أو وسطه أو آخره، لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها.

تنبيه: اللفظ الذي يعتبر قرن النية به هو لفظ الكناية كما صرّح به الماوردي والروياني والبندنيجي، ومثل له الرافعي تبعاً لجماعة بقرنها بأنت من أنت بائن مثلاً، وصوّب في المهمات الأوّل، لأن الكلام في الكنايات، والأوجه كما قال شيخنا الاكتفاء بما قاله الرافعي؛ لأن أنت وإن لم يكن جزءاً من الكناية فهو كالجزء منها؛ لأن معناها المقصود لا يتأدّى بدونه (وإشارة ناطق) وإن فهمها كل أحد (بطلاق) كأن قالت له زوجته: طلقني فأشار بيده أن أذهبي (لغو) لا يقع بها شيء، لأن عدوله عن العبارة إلى الإشارة يفهم أنه غير قاصد الطلاق، وإن

وَقِيلَ كِنَايَةٌ، وَيُعْتَدُّ بِإِشَارَةِ أَخْرَسَ فِي العُقُودِ وَالحُلُولِ، فَإِنْ فَهِمَ طَلَاقَهُ بِهَا كُلُّ أَحَدٍ فَصَرِيحَةٌ، وَإِنْ اخْتَصَّ بِفَهْمِهِ فَطِنُونَ فَكِنَايَةٌ، وَلَوْ كَتَبَ نَاطِقٌ طَلَاقاً، وَلَمْ يَنْوِهِ فَلَغْوٌ، وَإِنْ نَوَاهُ فَالأَظْهَرُ وُقُوعُهُ، فَإِنْ كَتَبَ إِذَا بَلَغَكِ كِتَابِي فَأَنْتِ طَالِقٌ

قصده بها فهي لا تقصد للإفهام إلا نادراً **(وقيل)**: هي **(كناية)** لحصول الإفهام بها في الجملة.

تنبيه: خرج بإشارة الناطق إشارة لمحل الطلاق كقول من له زوجتان: امرأتي طالق مشيراً لإحداهما وقال: أردت الأخرى فإنه يقبل كما رجحه في زيادة الروضة آخر المسائل المنثورة قبيل الباب السادس في تعليق الطلاق وإشارته بأمان ونحوه مما يلتحق بعبارته فليست لغواً، ومما لم يلحقوه بالعبارة إشارته في الصلاة وإشارته إلى من حلف لا يكلمه فأشار إليه فإن صلاته لا تبطل ولا يحنث **(ويعتدّ بإشارة أخرس)** ولو قدر على الكتابة كما صرّح به الإمام **(في العقود)** كالبيع والنكاح، وفي الأقارير والدعاوى **(و)** في **(الحلول)** كالطلاق والعتق، واستثنى في الدقائق شهادته وإشارته في الصلاة فلا يعتدّ بها ولا يحنث بها في الحلف على عدم الكلام **(فإن فهم طلاقه)** مثلاً **(بها)** أي الإشارة **(كل أحد)** من فطن وغيره **(فصريحة)** إشارته لا تحتاج لنية كأن قيل له: كم طلقت زوجتك؟ فأشار بأصابعه الثلاث **(وإن اختص بفهمه)** أي بفهم طلاقه بإشارته **(فطنون)** بكسر الطاء بخطه، ويجوز ضمها: أي أهل الفطنة والذكاء ضد الغبي **(فكناية)** يحتاج للنية.

تنبيه: تفسير الأخرس صريح إشارته في الطلاق بغير طلاق كتفسير اللفظ الشائع في الطلاق بغيره فلا يقبل منه ظاهراً إلا بقرينة **(لو كتب ناطق)** على ما يثبت عليه الخط كرق وثوب وحجر وخشب لا على نحو ماء كهواء **(طلاقاً)** أو نحوه مما لا يغتفر إلى قبول كالاعتاق والإبراء، والعفو عن القصاص، كأن كتب زوجتي أو كل زوجة لي طالق، أو عبدي حرّ **(ولم ينوه)** أي الطلاق أو نحوه **(فلغو)** لا يعتدّ به على الصحيح **(وإن نواه)** ولم يتلفظ به **(فالأظهر وقوعه)** لأن الكناية طريق في إفهام المراد وقد اقترنت بالنية، ولأنها أحد الخطابين فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ. والثاني لا، لأنه فعل من قادر على القول فلم يقع به الطلاق كالإشارة من الناطق، فإن قرأ ما كتبه حال الكتابة أو بعدها فصريح، فإن قال: قرأته حاكياً ما كتبته بلا نية طلاق صدق بيمينه، وفائدة قوله هذا إذا لم تقارن الكتب النية وإلا فلا معنى لقوله، ولو كتب الأخرس أن زوجته طالق كان كناية على الصحيح فيقع إن نوى وإن لم يشر معها. أما إذا رسم صورة الكتابة على ماء أو في هواء فليس بكناية في المذهب. وفرع المصنف على وقوع الطلاق بالكناية ما تضمنه قوله **(فإن كتب)** شخص في كتاب طلاق زوجته صريحاً أو كناية كما في الروضة وأصلها ونوى وعلق الطلاق ببلوغ الكتاب كقوله **(إذا بلغك كتابي)** أو وصل إليك أو أتاك **(فأنت طالق**

فَـإِنَّمَا تَـطْلُقُ بِبُلُوغِهِ، وَإِنْ كَتَبَ إِذَا قَـرَأْتِ كِتَابِي وَهِيَ قَـارِئَةٌ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَـارِئَـةً فَقُـرِىءَ عَلَيْهَـا فَقَـرَأَتْهُ طُلِّقَتْ، وَإِنْ قُـرِىءَ عَلَيْهَا فَـلاَ فِي الْأَصَحِّ، طُلِّقَتْ.

فإنما تطلق ببلوغه) لها مكتوباً كله مراعاة للشرط، فإن انمحى كله قبل وصوله لم تطلق، كما لو ضاع ولو بقي أثره بعد المحو وأمكن قراءته طلقت، ولو ذهب سوابقه ولواحقه كالبسملة والحمدلة وبقيت مقاصده وقع، بخلاف ما لو ذهب موضع الطلاق أو أنمحق؛ لأنه لم يبلغها جميع الكتاب، ولا ما هو المقصود الأصلي منه.

تنبيه: احترز بقوله كتب عما لو أمر أجنبياً، وإن نوى الزوج، كما لو أمر أجنبياً أن يقول لزوجته: أنت بائن ونوى الزوج كماجزمابه خلافاً للصيمري في قوله إنه لا فرق بين أن يكتب بيده وبين أن يملي على غيره وبقوله طالق عما لو كتب كناية من كنايات الطلاق، كما لو كتب زوجتي بائن ونوى الطلاق فإنه لا يقع كما اقتضاه كلام المهذب؛ لأن الكناية كناية فلا تصح بكناية، إذ لا يكون للكناية كناية، كذا قاله بعض الشرّاح، وهو مردود بما تقدّم عن الروضة وأصلها.

فرع: لو كتب إذا بلغك نصف كتابي هذا فأنت طالق فبلغها كله طلقت كما قاله المصنف، فإن ادّعت وصول كتابه بالطلاق فأنكر صدّق بيمينه، فإن أقامت بينة بأنه خطه لم تسمع إلا برؤية الشاهد بكتابه وحفظه عنده لوقت الشهادة **(وإن كتب إذا قرأت كتابي)** فأنت طالق **(وهي قارئة فقرأته طلقت)** لوجود المعلق عليه.

تنبيه: عبارته تقتضي أمرين: أحدهما اشتراط اللفظ به إذ القراءة تعطي ذلك، لكن نقل الإمام الاتفاق على أنها لو طالعته وفهمت ما فيه طلقت وإن لم تتلفظ بشيء. الثاني: اشتراط قراءة جميعه، والظاهر الاكتفاء بقراءة المقاصد كما بحثه الأذرعيّ، فحكم قراءة بعض الكتاب كوصول بعضه كما مرّ حكمه **(وإن قرىء عليها فلا)** تطلق **(في الأصح)** لعدم قراءتها مع الإمكان. والثاني تطلق؛ لأن المقصود اطلاعها على ما في الكتاب وقد وجد. فإن قيل: يشكل على الأوّل ما إذا كتب للقاضي من ولاه إذا قرأت كتابي فأنت معزول وهو قارىء فقرىء عليه فإنه ينعزل. فهلا سوّى بينهما كما صوّبه الأسنوي؟ أجيب بأن عادة الحكام قراءة الكتب عليهم، والمقصود إعلامه بالحال، . وليس المراد تعليق العزل؛ لأن العزل لا يجوز تعليقه فلم يبق إلا مجرّد العلم بالعزل وهو حاصل بقراءة غيره عليه. وأما الطلاق فيقبل التعليق وإنما يتحقق وقوعه بوجود الصفة **(وإن لم تكن قارئة)** أي والزوج يعلم ذلك **(فقرىء عليها طلقت)** لأن القراءة في حق الأميّ محمولة على الاطلاع على ما في الكتاب وقد وجد بخلاف القارئة، أما إذا لم يعلم الزوج حالها فإنها لا تطلق على الأقرب في الروضة وأصلها فترد هذه الصورة على إطلاق المتن، ولو علق بوصول الكتاب ثم علق بوصول الطلاق ووصل إليها طلقت طلقتين

[فَـصْلٌ]

لَهُ تَفْوِيضُ طَلَاقِهَا إِلَيْهَا، وَهُوَ تَمْلِيكٌ فِي الْجَدِيدِ فَيُشْتَرَطُ لِـوُقُوعِـهِ تَطْلِيقُهَـا عَلَى الْفَوْرِ، وَإِنْ قَالَ طَلِّقِي بِأَلْفٍ فَطَلَّقتْ بَانَتْ وَلَزِمَهَـا أَلْفٌ، وَفِي قَوْلٍ تَـوْكِيلٌ فَـلَا يُشْتَرَطُ فَوْرٌ فِي الأَصَحِّ،

(فَـصْـلٌ)

في جواز تفويض الطلاق للزوجة وهو جائـز بالإجمـاع، واحتجوا لـه أيضاً «بـأن ﷺ خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته لما نـزل قولـه تعالى: ﴿يـا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُـل لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنتُنَّ تُرِدْنَ الحَيْاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا﴾ الخ»(١) [الأحزاب: ٢٨] فلو لم يكن لاختيارهنّ الفرقة أثـر لم يكن لتخييرهنّ معنى. فإن قيل: لا دليل في ذلك لما صححوه من أنه لا يقـع الطلاق بـاختيارهنّ الدنيا، بل لا بد من إيقاعه بدليل: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وأُسَرِّحْكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] أجيب بأنـه فوّض إليهنّ سبب الفراق وهو اختيار الدنيا جاز أن يفوّض إليهن المسبب الـذي هو الفـراق **(له)** أي الزوج **(تفويض طلاقها)** المنجـز صريحـاً كان أو كنـاية كـطلقي أو أبيني نفسك **(إليهـا)** أي زوجته البالغة العاقلة فلا يصح تعليقه كقوله: إذا جاء الغد أو زيد فطلقي نفسك، ولا التفـويض لصغيرة، أو حكم مجنونة كسائر التمليكات في جميع ذلك **(وهو)** أي تفويض الطلاق **(تمليك)** للطلاق أي يعطى حكم التمليك **(في الجـديد)** لأنـه يتعلق بغرضهـا كغيره من التمليكـات فنزل منزلة قوله ملكتك طلاقك **(فيشترط)** عليه **(لوقوعه)** تكليفه وتكليفها و **(تطليقها على الفور)** لأن التطليق هنا جواب للتمليك فكان كقبوله، وقبوله فور، فإن أخرت بقدر ما ينقطع به القبـول عن الإيجاب أو تخلل كلام أجنبي كثير بين تفويضه وتطليقها ثم طلقت نفسها لم تطلق، فلو قـالت: كيف أطلق نفسي ثم طلقت وقع، والفصـل بذلـك لا يؤثر لقصـره، ولا يصح من غيـر مكلف، ولا يقع على غير مكلفة كما علم مما مرّ لفساد العبارة، نعم لو قال: وكلتـك في طلاق نفسك لم يشترط الفور، وكذا إن قال: طلقي نفسك متى أو متى ما شئت لم يشترط الفور، وإن اقتضى التمليك اشتراطـه. قال ابن الـرفعة: لأن الـطلاق لما قبـل التعليق سومـح في تمليكه، وهذا ما جزم به صاحب التنبيه ووجهه ابن الرفعة بما ذكر، وجرى عليه ابن المقري في روضه، وقيل: لا يصح إلا على القول بأنه توكيل، والمعتمد الأوّل ووجهه ما مرّ **(وإن قال)** لها **(طلقي)** نفسك **(بألف فطلقت)** فوراً وهي جائزة التصـرّف **(بانت ولـزمها ألف)** ويكـون تمليكها بعـوض كالبيع، فإن لم يذكر عوض فهو كالهبة **(وفي قول)** نسب للقديم أن التفويض إليها **(توكيل)** كما لو فوّض طلاقها لأجنبي وأجاب الأوّل بأن لها فيه غـرضاً ولـه بها اتصـالاً، وإذا قلنا بـأنه تـوكيل **(فلا يشترط)** في تطليقها **(فور في الأصح)** كما في توكيل الأجنبي، والثاني يشتـرط لما فيـه من

---

(١) أخرجه البخاري ٣٦٧/٩ (٥٢٦٢) ومسلم ١١٠٣/٢ (٢٤ - ١٤٧٧).

وَفِي اشْتِرَاطِ قَبُولِهَا خِلَافُ الْوَكِيلِ ، وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لَهُ الرُّجُوعُ قَبْلَ تَطْلِيقِهَا، وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ رَمَضَانُ فَطَلِّقِي لَغَا عَلَى التَّمْلِيكِ، وَلَوْ قَالَ أَبِينِي نَفْسَكِ فَقَالَتْ أَبَنْتُ وَنَوَي وَقَعَ وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ قَالَ طَلِّقِي فَقَالَتْ أَبَنْتُ وَنَوَتْ، أَوْ أَبِينِي وَنَوَى فَقَالَتْ طَلَّقْتُ وَقَعَ، وَلَوْ قَالَ طَلِّقِي

شائبة التمليك (و) على قول التوكيل **(في اشتراط قبولها)** لفظاً **(خلاف لوكيل)** الذي سبق في بابه، والمرجح منه عدم اشتراط القبول لفظاً.

تنبيه: لو قال كالمحرر: ففي اشتراط لأفهم التفريع على ما قبله **(وعلى القولين)** التمليك والتوكيل **(له الرجوع)** عن التفويض برجوعه أم لا **(ولو)** علق التفويض كأن (قال) لها **(إذا جاء رمضان)** مثلاً **(فطلقي)** نفسك **(لغا على)** قول **(التمليك)** لأن التمليك لا يصح تعليقه: كما لو قال: ملكتك هذا العبد إذا جاء رأس الشهر. قال في الروضة: وجاز على قول التوكيل كما في توكيل الأجنبي اهـ. فإن قيل: تقدّم في الوكالة أنه لا يصح تعليقها بشرط في الأصح، ولذا قال الشارح: فليتأمل الجمع بين ما هنا وما هناك. أجيب بأن أصل هذا مبني على صحة تصرّف الوكيل بالوكالة الفاسدة مستنداً إلى الإذن فيها فلا يشكل بما مرّ في الوكالة. واعلم أن ما تقدّم من صور التفويض بالصريح (و) أما بالكناية فهو كما **(لو قال)** لها: **(أبيني نفسك فقالت أبنت ونوي)** أي الزوج تفويض الطلاق إليها بأبيني ونوت هي تطليق نفسها بأبنت **(وقع)** الطلاق؛ لأن الكناية مع النية كالصريح **(وإلا)** بأن لم ينويا أو أحدهما **(فلا)** يقع لأنه إن لم ينو هو فلا تفويض وإن لم تنو هي فلا تطليق، إذ الطلاق لا يقع بهذا اللفظ وحده **(ولو)** صرّح فكنت أو عكسه كأن (قال) لها **(طلقي)** نفسك **(فقالت أبنت ونوت، أو)** قال **(أبيني)** نفسك **(ونوى فقالت طلقت وقع)** الطلاق، لأنها أمرت بالطلاق وقد فعلته في الحالين، ولا يضر اختلاف لفظهما، وأفهم كلام المصنف أن التخالف في الكناية أو الصريح كاختاري نفسك، فقالت: أبنتها، أو طلقي نفسك، فقالت: سرحتها لا يضر من باب أولى، نعم إن قال لها طلقي نفسك بصريح الطلاق أو بكنايته أو بالتسريح أو نحو ذلك فعدلت عن المأذون فيه إلى غيره لم تطلق لمخالفتها صريح كلامه.

تنبيه: عبر في الروضة والشرح بطلقي نفسك، وفي الثانية بأبيني نفسك، وذلك يشعر باعتبار قوله نفسك وحذف المصنف لفظة نفسك منهما وزدتهما في الشرح، فأفهم أنه لا يشترط، وفيه وجهان: أحدهما لا يقع، وإن نوت نفسها، إذ ليس في كلام أحدهما ما يشعر بالفراق، وبه قال القاضي والبغوي في تهذيبه، وثانيهما: يقع إذا نوت نفسها وبه قال البوشنجي والبغوي في تعليقه، وهذا كما قال الأذرعي: هو المذهب الصحيح، وهو قضية كلام جماعة من العراقيين وغيرهم، وجرى عليه شيخنا في شرح البهجة **(ولو قال)** لها **(طلقي)** نفسك

وَنَوَى ثَلاثاً فَقَالَتْ طَلَّقْتُ وَنَوَتْهُنَّ فَثَلَاثٌ وَإِلَّا فَوَاحِدَةٌ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ ثَلَاثاً فَوَحَّدَتْ أَوْ عَكْسَهُ فَوَاحِدَةٌ.

(ونوى ثلاثاً فقالت: طلقت ونوتهنّ) وقد علمت نيته أو وقع ذلك اتفاقاً: كما يؤخذ من قول أصل الروضة **(فثلاث)** لأن اللفظ يحتمل العدد، وقد نوياه **(وإلا فواحدة في الأصح)** لأن صريح الطلاق كناية في العدد والثاني ثلاث حملاً على منويه.

تنبيه: قوله: وإلا صادق بما إذا نوى هو ثلاثاً ولم تنو هي عدداً، وبما إذا لم ينويا أو نوى أحدهما فقط، وظاهر كلامه أن الخلاف جار في البيع، لكن الثانية والثالثة تقع فيهما واحدة بلا خلاف **(ولو قال)**: طلقي نفسك **(ثلاثاً فوحدت)** أي قالت: طلقت نفسي واحداً **(أو عكسه)** كقوله طلقي نفسك واحدة فثلثت أي قالت طلقت نفسي ثلاثاً **(فواحدة)** تقع في الصورتين، أما في الأولى فلأن ما أوقعته داخل في المفوّض إليها، وأما في الثانية فلأن المفوّض إليها واحدة والزائد غير مأذون فيه فيقع ما تملكه.

تنبيهات: لها في الأولى بعد أن وحدت وراجعها الزوج أو لم يراجعها أن تزيد الثنتين الباقيتين على الواحدة التي أوقعتها فوراً، إذ لا فرق بين أن تطلق الثلاث دفعة وبين قولها طلقت واحدة وواحدة وواحدة، ولا يقدح تخلل الرجعة من الزوج، ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً فقالت بلا نية: طلقت وقع الثلاث، لأن قولها جواب لكلامه فهو كالمعاد في الجواب بخلاف ما إذا لم يتلفظ هو بالثلاث ونواها؛ لأن المنوي لا يمكن تقدير عوده في الجواب، إذ التخاطب باللفظ لا بالنية، ولو طلقت نفسها عبثاً ونوت فصادفت التفويض لها ولم يطل الفصل بينهما طلقت كما لو باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً، ولو فوّض طلاق زوجته إلى اثنين وطلق أحدهما طلقة، والآخر ثلاثاً وقعت واحدة فقط كما قال البندنيجي إنه مقتضى المذهب لاتفاقهما عليها، وإن جعل طلاقها بيد الله وبيد زيد لغا إن قصد الشركة فليس لزيد أن يطلقها، فإن قصد التبرك أو أن الأمور كلها بيد الله فلا، قال الأذرعي: وكذا إن أطلق فيما يظهر، والأوجه كما قال شيخنا أنه كما لو قصد الشركة؛ لأنه الظاهر من العطف، ولو قال: جعلت كل أمر لي عليك بيدك كان كناية في التفويض إليها، وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً ما لم ينوها، ولو قال: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فطلقت واحدة أو طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً طلقت واحدة كما لو لم يذكر المشيئة، وإن قدّم المشيئة على العدد، فقال: طلقي نفسك أن شئت واحدة فطلقت ثلاثاً أو عكسه لغا لصيرورة المشيئة شرطاً في أصل الطلاق، والمعنى طلقي إن اخترت الثلاث، فإذا اختارت غيرهنّ لم يوجد الشرط، بخلاف ما إذا أخرها فإنها ترجع إلى تفويض المعنى، والمعنى فوّضت إليك أن تطلقي نفسك ثلاثاً، فإن شئت فافعلي ما فوّضت إليك، وذلك لا يمنع نفوذ ذلك المعين ولا نفوذ ما يدخل فيه، والظاهر كما قال شيخنا: أنه لو قدّمها على الطلاق أيضاً، فقال: إن شئت طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة كان كما لو أخرها عن العدد.

[فَصْلٌ]

مَرَّ بِلِسَانِ نَائِمٍ طَلَاقٌ لَغَا، وَلَوْ سَبَقَ لِسَانٌ بِطَلَاقٍ بِلَا قَصْدٍ لَغَا، وَلَا يُصَدَّقُ ظَاهِراً إِلَّا بِقَرِينَةٍ، وَلَوْ كَانَ اسْمُهَا طَالِقاً فَقَالَ يَا طَالِق وَقَصَدَ النِّدَاءَ لَمْ تُطَلَّقْ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ

(فَصْلٌ)

في اشتراط القصد في الطلاق، وهذا شروع منه في الركن الثالث وهو القصد، إذا (**مرّ بلسان نائم**)أو من زال عقله بسبب لم يعص بـه (**طلاق لغا**) وإن قال بعـد استيقاظـه أو إفاقتـه أجـزته أو أوقعتـه لحديث «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ»[1] وذكـر منهـا النـائم حتى يستيقظ ولانتفـاء القصد.

تنبيه: كان المصنف مستغنياً عن هذا بـاشتراط التكليف أول البـاب، لو تلفظ بـالطلاق، ثم قال: كنت حينئذ صبياً أو نائماً وأمكن ذلك صدّق بيمينه: كمـا قالـه الرويـاني، وإن قال في الروضة في تصديق النائم نظر فإنـه لا أمارة عليـه بخلاف الصبي (**ولـو سبق لسانـه بطلاق بـلا قصد**) لحروف الطلاق لمعناه (**لغا**) ما سبق لسـانه إليـه لما مرّ، وكذا إذا تلفظ بـالطلاق حـاكياً كلام غيره، وكذلك الفقيه إذا تكررّ لفظ الطلاق في درسه وتصويره.

تنبيـه: لا حاجـة لقولـه قصد مـع قولـه سبق، ولو قـال: لا بقصد كـان أعم (**ولا يصدّق ظاهراً**) في دعواه سبق لسانه بالطلاق لتعلق حق الغير به، لأن الظاهر الغالب أن البـالغ العـاقل لا يتكلم بكلام إلا ويقصده (**إلا بقرينة**) كأن دعاها بعد طهرها من الحيض إلى فراشه، وأراد أن يقول: أنت الآن طاهرة فسبق لسانه، فقال أنت اليوم طالقة.

تنبيه: لو ظنت صدقه في دعواه السبق فلها قبول قوله، وكذا للشهـود أن لا يشهدوا عليـه بالطلاق كما ذكره في أصل الروضة هنا، وذكر أواخر الطلاق، أنه لـو سمع لفظ رجـل بالـطلاق وتحقق أنه سبق لسانه إليه لم يكن له أن يشهد عليه بمطلق الطلاق، وكان مـا هنا فيمـا إذا ظنوا وما هناك فيما إذا تحققوا كما يفهمه كلامه. قـال شيخنا ومـع ذلك فيمـا هنا نـظر اهـ . والأولى إلحاق ما هنا بما هناك كما قاله بعض المتأخرين (**ولـو كان اسمهـا طالقـاً فقال**) لهـا (**يا طـالق**) بضم القاف بخطه (**وقصد النداء لم تطلق**) جزماً لأنه صـرفه عن معنـاه، وكونهـا اسمها كـذلك قرينة تسوِّغ تصديقه.

تنبيه: المراد قصد ندائها باسمها وإلا فنداؤها مقصود، وإن أراد الطلاق (**وكذا إن أطلق**)

---

(١) أخرجـه البخـاري معلقـاً ٣٨٨/٩ وأبـو داود (٤٤٠٣) والترمـذي ٣٢/٤ (١٤٢٣) وابن ماجـة ٦٥٨/١ (٢٠٤١).

فِي الأَصَحِّ ؛ وَإِنْ كَانَ اسْمُهَا طَارِقاً أَوْ طَالِباً فَقَالَ يَا طَالِقُ وَقَالَ أَرَدْتُ النِّدَاءَ فَالْتَفَّ الحَرْفُ صُدِّقَ، وَلَوْ خَاطَبَهَا بِطَلَاقٍ هَازِلاً أَوْ لَاعِباً أَوْ وَهُوَ يَظُنُّهَا أَجْنَبِيَّةً بِأَنْ كَانَتْ فِي ظُلْمَةٍ أَوْ أَنْكَحَهَا لَهُ وَلِيُّهُ أَوْ وَكِيلُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ وَقَعَ،

بأن لم يقصد شيئاً وكان اسمها ذلك عند النداء لم تطلق أيضاً (**في الأصح**) حملاً على النداء، ولأنه لم يقصد الطلاق واللفظ هنا مشترك والأصل دوام النكاح، أما إذا كان اسمها ذلك ثم غير إلى غيره ثم خاطبها به بعد التغيير طلقت عند الإطلاق، كما ذكره الرافعي في نظير المسألة من العتق في نداء عبده المسمى بحرّ يا حرّ (**وإن كان اسمها طارقاً أو طالباً**) أو طالعاً أو نحوها من الأسماء التي تقارب حروف طالق (**فقال**) لها: (**يا طالق، وقال: أردت النداء**) لها باسمها (**فالتفّ**) بلساني (**الحرف صدّق**) ظاهراً لظهور القرينة (**ولو خاطبها بطلاق**) لها (**هازلاً**) وهو قصد اللفظ دون معناه (**أو لاعباً**) بأن لم يقصد شيئاً لقولها له في معرض دلال أو ملاعبة أو استهزاء طلقني فيقول لها لاعباً أو مستهزئاً طلقتك (**أو**) خاطبها بطلاق (**وهو يظنها أجنبية**) ويصدق ذلك بصور. إما (**بأن كانت في ظلمة**) أو من وراء حجاب (**أو**) بأن (**أنكحها**) له (**وليه أو وكيله ولم يعلم**) بالنكاح أو نسيه أو نحو ذلك (**وقع**) الطلاق. أما في الأوليين فلأنه أتى باللفظ عن قصد واختيار وعدم رضاه بوقوعه لظنه أنه لا يقع لا أثر له لخطأ ظنه، وفي حديث حسنه الترمذي، وقال الحاكم: صحيح الإسناد: «ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: الطَّلَاقُ، والنِّكَاحُ، والرَّجْعَةُ»(١). قال البغوي: وخصّ في الحديث الثلاث لتأكد أمر الفرج وإن كان البيع وسائر التصرّفات تنعقد بالهزل على الأصح اهـ. وأما فيما بعدهما فلأنه أوقع الطلاق في محله وظن غير الواقع لا يدفعه.

تنبيه: عطف المصنف اللعب على الهزل يقتضي تغايرهما، وكلام أهل اللغة يقتضي ترادفهما، قال الزمخشري في الفائق: الهزل واللعب من وادي الاضطراب، وعبارة المحرّر على سبيل اللعب والهزل، وهي تقتضي اتحادهما، والذي يشهد له الاستعمال أن الهزل يختصّ بالكلام واللعب أعمّ، وظاهر إطلاق المصنف الوقوع أنه يقع ظاهراً وباطناً، لكن قضية كلام الرّوضة أنه لا يقع في مسألة الظنّ باطناً وهو، الظاهر وإن قال الأذرعي قضية كلام الروياني إن المذهب الوقوع باطناً، ولو نسي أن له زوجة فقال: زوجتي طالق طلقت كما نقلاه عن النصّ وأقرّاه، وما جزم به المصنف من وقوع الطلاق فيما إذا ظنها أجنبية يشكل عليه مسألة ذكرها الخوارزمي في الكافي، فقال: رجل تزوّج امرأة في الرّستاق فذهبت إلى البلد وهو لا يعلم، فقيل له: ألك زوجة في البلد وهو لا يعلم، فقال: إن كان لي زوجة في البلد فهي طالق وكانت هي في البلد، فعلى قولي حنث الناسي. قال البلقيني: وأكثر ما يلمح في الفرق بينهما

---

(١) أخرجه أبو داود ٢/ ٢٥٩ (٢١٩٤) وابن ماجة ١/ ٦٥٨ (٢٠٣٩) والدارقطني ٤/ ١٨ (٥٠).

وَلَوْ لَفظَ أَعْجَمِيٌّ بِـهِ بِالْعَـرَبِيَّـةِ وَلَمْ يَعْرِفْ مَعْنَاهُ لَمْ يَقَعْ، وَقِيلَ إِنْ نَـوَى مَعْنَاهَـا وَقَعَ، وَلاَ يَقَـعُ طَلاَقُ مُكْـرَهٍ،

صورة التعليق ولو كان واعظاً مثلاً وطلب من الحاضرين شيئاً فلم يعطوه، فقال متضجـراً منهم. طلقتكم وفيهم امرأته، ولم يعلم بها لم تطلق كما بحثه في أصل الرّوضة بعد نقله عن الإمام أنه أفتى بخلافه. قال المصنف: لأنه لم يقصـد معنى الطلاق، ولأن النسـاء لا يدخلن في خـطاب الرّجال إلا بدليل، واعترض عليه بمنع أنه لم يقصد معنى الطلاق، إذ معناه الفرقـة وقد نـواها، وبأن دليل الـدخول هنا موجـود وهو مشـافهة الحـاضرين وعـدم علمه بـأن زوجته فيهم لا يمنـع الإيقاع كمن خاطبها يظنهـا غيرهـا. وأجيب عن الأوّل بأن معنى الـطلاق شرعـاً: قطع عصمـة النكاح ولم يقصده الواعظ، بخلاف من خاطب زوجته يظنها غيرها، وعن الثـاني بأن ذلـك إنما يكون بحسب القصد للتغليب ولا قصد **(ولو لفظ أعجميّ)** أو غيره **(به)** أي الـطلاق **(بالعـربية)** أو غيرها ممـا لا يعرفـه **(ولم يعرف معنـاه)** سواء ألقنـه أو لا **(لم يقع)** لانتفـاء قصـده، وقيـده المتولي بمن لم يكن مخالطاً لأهل اللسان وإلا لم يقبل ظاهراً، ويدين ويصدق في أنه لا يعرف معناه، لأنه الظاهر من حاله قاله في الاستقصاء **(وقيل إن نوى)** العجمي به **(معناها)** أي العربية عند أهلها **(وقـع)** لأنه قصـد لفظ الطلاق لمعنـاه، وأجاب الأوّل بـأنه لم يعـرف معناه لا يصـح قصده، ولو لم يعرف معناه وقصد به قطع النكاح لم تطلق كما لو أراد الطلاق بكلمة لا معنى لها **(ولا يقع طلاق مكره)** بغير حق خـلافاً لأبي حنيفـة كما لا يصـح إسلامـه لقولـه ﷺ: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَـطَأُ والنِّسْيانُ ومَـا اسْتَكْرِهُـوا عَلَيْهِ» ولخبـر: «لَا طَلَاقَ فِي إغْلَاقٍ»[1] أي إكـراه، رواه أبـو داود والحاكم، وصحـح إسناده على شـرط مسلم، ولأنه قـول لو صـدر منه باختياره طلقت زوجته وصح إسلامه، فإن أكره عليه بباطل لغا كالرّدّة. نعم تقدّم في شروط الصلاة أنه لو تكلم فيها مكرهاً بطلت صلاته لندرة الإكراه فيها، فإن كان الإكراه بحق وقع الطلاق وصح الإسلام، وصوّر الطلاق بحق جمع بإكراه القاضي المولي بعد مدّة الإيـلاء على طلقـة واحدة، فـإن إكره على الثلاث فتلفظ بها لغـا الطلاق؛ لأنـه يفسق بذلـك وينعزل بـه. فإن قيـل: المولي لا يؤمـر بالطلاق عيناً بل به أو بالفيئة، ومثل هـذا ليس بإكـراه يمنع الـوقوع كمـا لو أكـره على أن يطلق زوجتـه أو يعتق عبده فـأتى بأحـدهما فـإنه ينفـذ. أجيب بأن الـطلاق قد يتعين في بعض صـور المولي كما لو آلى وهو غائب فمضت المدّة فوكلت بالمـطالبة فـرفعه وكيلهـا إلى قاضي البلد الذي فيه الزوج وطالبه فإن القاضي يأمره بالفيئة باللسان في الحال وبالمسير إليها أو بحملها إليه

---

(١) أخـرجه أحمـد في المسند٦/٢٧٦ وأبو داود ٢/٦٤٢ (٢١٩٣) وابن مـاجة ١/ ٦٦٠ (٢٠٤٦) والـدارقطني ٤/٣٦ والحـاكم في المستدرك ٢/١٩٨ قـال ابن حجر في التلخيص عن الإغـلاق ٣/٢١٠: فسّره علمـاء الغريب بالإكراه وقيل: الجنون، واستبعده المطرزي، وقيل: الغضب وردّه ابن السيد فقال: لو كان كذلك لم يقع على أحد طلاق.

فَإِنْ ظَهَرَتْ قَرِينَةُ اخْتِيَارٍ بِأَنْ أُكْرِهَ عَلَى ثَلَاثٍ، فَوَحَّدَ، أَوْ صَرِيحٍ أَوْ تَعْلِيقٍ فَكَنَّى أَوْ نَجَزَ أَوْ عَلَى طَلَّقْتُ فَسَرَّحَ أَوْ بِالْعُكُوسِ وَقَعَ، وَشَرْطُ الإِكْرَاهِ قُدْرَةُ الْمُكْرِهِ عَلَى تَحْقِيقِ مَا هَدَّدَ بِهِ بِوِلَايَةٍ أَوْ تَغَلُّبٍ، وَعَجْزُ الْمُكْرَهِ عَنْ دَفْعِهِ بِهَرَبٍ وَغَيْرِهِ وَظَنُّهُ أَنَّهُ إِنْ امْتَنَعَ حَقَّقَهُ، وَيَحْصُلُ بِتَخْوِيفٍ بِضَرْبٍ شَدِيدٍ أَوْ حَبْسٍ أَوْ إِتْلَافِ مَالٍ وَنَحْوِهَا،

أو الطلاق، فإن لم يفعل ذلك حتى مضى مدّة إمكانه ذلك، ثم قال: أسير إليها الآن لم يمكن بل يجبر على الطلاق عيناً هكذا أجاب به ابن الرّفعة، وهو إنما يأتي تفريعاً على مرجوح، وهو أن القاضي يكره المولي على الفيئة أو الطلاق، والأصح أن الحاكم هو الذي يطلق على المولي الممتنع كما سيأتي في بابه، وحينئذ فلا إكراه أصلاً حتى يحترز عنه بغير حق، ويستثنى من إطلاق المكره ما لو أكره شخصاً على طلاق زوجة نفسه فإنه يقع لأنه إذن وزيادة، ولا يستثنى ما إذا أكره على الطلاق فنوى لأن هذا ليس مكرهاً، ولو أكره غير الزوج الوكيل في الطلاق عليه لغا أو الزوج وقع لأنه أبلغ في الإذن كما مرّ، وأما الإكراه على الإسلام بحق فإكراه المرتدّ والحربيّ عليه بخلاف الذمي فإنه مقرّ على كفره بالجزية، والمعاهد كالذميّ كما بحثه ابن الرّفعة **(فإن ظهرت)** من مكره بفتح الرّاء **(قرينة اختيار)** منه للطلاق **(بأن)** أي كأن **(أُكره)** بضمّ الهمزة **(على ثلاث فوحد)** أي طلق واحدة **(أو)** على طلاق **(صريح أو)** على **(تعليق)** له **(فكنى)** ونوى **(أو نجز أو على)** أن يقول: **(طلقت)** زوجتي **(فسرّح)** بتشديد الرّاء أي قال سرّحتها **(أو)** وقع الإكراه **(بالعكوس)** لهذه الصور بأن أكره على واحدة فثلث أو كناية فصرّح أو تنجيز فعلق، أو على أن يقول: سرّحت، فقال: طلقت **(وقع)** الطلاق في الجميع؛ لأن مخالفته تشعر باختياره فيما أتى به **(وشرط)** حصول **(الإكراه قدرة المكره)** بكسر الرّاء **(على تحقيق ما هدّد به)** المكره بفتحها تهديداً عاجلاً ظلماً **(بولاية أو تغلب وعجز المكره)** بفتح الرّاء **(عن دفعه)** أي المكره بكسرها **(بهرب وغيره)** كاستغاثة بغيره **(وظنه أنه إن امتنع)** من فعل ما أكره عليه **(حققه)** أي فعل ما خوّفه به؛ لأنه لا يتحقق العجز إلا بهذه الأمور الثلاثة.

تنبيه: تعبيره بالظنّ يقتضي أنه لا يشترط تحققه، وهو الأصح، وخرج بعاجلاً ما لو قال: لأقتلنك غداً فليس بإكراه، وبظلماً ما لو قال وليّ القصاص للجاني: طلقها وإلا اقتصصت منك لم يكن إكراهاً **(ويحصل)** الإكراه **(بتخويف بضرب شديد أو)** بـ **(حبس)** طويل كما نقله في الشامل عن النصّ **(أو إتلاف مال)** وقوله **(ونحوها)** من زيادته: أي مما يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه، ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها، فقد يكون الشيء إكراهاً في شخص دون آخر، وفي سبب دون آخر، فالإكراه بإتلاف مال لا يضيق على المكره بفتح الراء كخمسة دراهم في حق الموسر ليس بإكراه على الطلاق؛ لأن الإنسان يتحمله، ولا يطلق بخلاف المال الذي يضيق عليه، والحبس في الوجيه إكراه وإن قلّ كما قاله الأذرعي

وَقِيلَ يُشْتَرَطُ قَتْلٌ، وَقِيلَ قَتْلٌ أَوْ قَطْعٌ أَوْ ضَرْبٌ مَخُوفٌ، وَلَا تُشْتَرَطُ التَّوْرِيَةُ بِأَنْ يَنْوِيَ غَيْرَهَا، وَقِيلَ إِنْ تَرَكَهَا بِلَا عُذْرٍ وَقَعَ ، وَمَنْ أَثِمَ بِمُزِيلِ عَقْلِهِ مِنْ شَرَابٍ أَوْ دَوَاءٍ نَفَذَ طَلَاقُهُ وَتَصَرُّفُهُ لَهُ وَ

والضرب اليسير في أهل المروآت إكراه، والتهديد بقتل أصله وإن علا أو فرعه وإن سفل إكراه بخلاف ابن العم ونحوه، بل يختلف ذلك باختلاف الناس كما مرّ **(وقيل: يشترط)** في الإكراه **(قتل)** لنفسه؛ لأن ما دونه يدوم معه النظر والاختيار **(وقيل يشترط)** فيه **(قتل)** لنفسه **(أو قطع)** لطرفه **(أو ضرب مخوف)** لإفضائه إلى القتل ولا يحصل الإكراه بطلق زوجتك وإلا قتلت نفسي أو كفرت أو أبطلت صومي أو صلاتي. قال الأذرعي: في وإلا قتلت نفسي كذا أطلقوه، ويظهر عدم الوقوع إذا قاله من لو هدّد بقتله كان مكرهاً كالولد اهـ. وهو حسن **(ولا تشترط)** في عدم وقوع طلاق المكره **(التورية)** وهي من ورّى أي جعل البيان وراءه **(بأن)** أي كأن **(ينوي)** بقوله: طلقت زينب مثلاً **(غيرها)** أي زوجته أو ينوي بالطلاق حلّ الوثاق، أو يقول عقيب اللفظ؛ إن شاء سراً كما قاله في المحرّر، وعبارة الرّوضة وأصلها، أو قال في نفسه: إن شاء الله. فإن قيل: لا أثر للتعليق بمشيئة الله تعالى بمجرد النية لا ظاهراً ولا باطناً، بل لا بدّ من التلفظ به. أجيب بأن المراد بقوله في نفسه تلفظه بمشيئة الله تعالى سرّاً بحيث لم يسمعه المكره لا أنه نواه، أو أن ما ذكر من اشتراط التلفظ بالتعليق بمشيئة الله تعالى محله في غير المكره. أما هو فيكفي بقلبه كما نقله الأذرعي عن القاضي الحسين عن الأصحاب، وهي فائدة حسنة. وضابط التورية أن ينوي ما لو صرّح به لقبل ولم يقع الطلاق، ولهذا لو عبر المصنف بقوله: كأن بالكاف كما حوّلت به عبارته لكان أولى، وهذا يقع في كلام الشيخين كثيراً، وفيه تساهل **(وقيل إن تركها)** أي التورية **(بلا عذر)** له **(وقع)** لإشعاره بالاختيار، فإن تركها لعذر كدهشة لم يقع قطعاً كما قاله في المحرّر.

فروع: لو قال له اللصوص لا نخليك حتى تحلف بالطلاق أنك لا تخبر بنا فحلف بذلك فهو إكراه منهم له على الحلف فإذا أخبر بهم لم يقع طلاق، ولو أكره ظالم شخصاً أن يدله على زيد مثلاً أو ماله وقد أنكر معرفة محله فلم يخله حتى يحلف له بالطلاق فحلف به كاذباً أنه لا يعلمه طلقت؛ لأنه في الحقيقة لم يكره على الطلاق بل خير بينه وبين الدلالة، ولو قال: طلقت مكرهاً فأنكرت زوجته وهناك قرينة كالحبس فالقول قوله بيمينه وإلا فلا، ولو ادّعى الصبا بعد طلاقه وأمكن صدقه بيمينه. فإن قيل: قد جزموا في الإيمان بعدم تصديق مدّعي عدم قصد الطلاق والعتاق ظاهراً لتعلق حق الغير بهما، فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن ما ذكر هناك لا يشبه هذا فإن الزوج تلفظ ثم بصريح الطلاق، ثم ادّعى صرفه بعدم القصد، والمدّعي هنا طلاق مقيد بحالة لا يصح فيها الطلاق فقبل قوله لعدم مخالفته الظاهر **(ومن أثم بمزيل عقله من شراب)** خمر أو غيره **(أو دواء)** بنبيذ أو غيره **(نفذ طلاقه وتصرّفه له)** قولاً وفعلاً **(و)** نفذ

عَلَيْهِ قَوْلاً وَفِعْلاً عَلَى المَذْهَبِ، وَفِي قَوْلٍ لاَ، وَقِيلَ عَلَيْهِ ، وَلَوْ قَالَ رُبُعُكِ أَوْ بَعْضُكِ أَوْ جُزْؤُكِ أَوْ كَبِدُكِ أَوْ شَعْرُكِ أَوْ ظُفْرُكِ طَالِقٌ وَقَعَ، وَكَذَا دَمُكِ عَلَى المَذْهَبِ، لاَ فَضْلَةٌ كَرِيقٍ وَعَرقٍ، وَكَذَا مَنِيٌّ وَلَبَنٌ فِي الأَصَحِّ ،

أيضاً تصرّفه (**عليه قولاً وفعلاً**) كإسلام وردّة وقطع وقتل (**على المذهب**) المنصوص، أما السكران فاحتج له الشافعي رضي الله عنه بحديث: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاَثٍ» قال: والسكران ليس في معنى واحد من هؤلاء، فإنه يجب عليه قضاء الصلاة والصوم وغيرهما، فالقلم غير مرفوع بخلاف المجنون. قال الشافعي رضي الله عنه: وهو قول أكثر من لقيته من المفتين، وأما المتداوي فإنه في معناه(**وفي قول: لا**) ينفذ شيء من تصرّفه؛ لأنه ليس له فهم صحيح (**وقيل**) ينفذ تصرّفه (عليه) كالطلاق والإقرار تغليظاً عليه، واحترز بقوله أثم عما إذا لم يأثم: كما إذا أوجر خمراً أو أكره على شربها أو شرب دواء يزيل العقل بقصد التداوي، فإنه لا يقع طلاقه ولا يصح تصرّفه.

تنبيه: مقتضى إطلاق المصنف أنه لو تعدّى بسكره، ثم نشأ عن سكره جنونه أن حكمه كالسكران، وهو كذلك كما صرّح به في البحر، وفيه أيضاً لو أوقع السكران الطلاق، ثم ادّعى الإكراه على الشرب أو الجهل بإسكار ما شربه ورام عدم الوقوع صدّق بيمينه. قال الأذرعي: وينبغي استفساره، فإن ذكر إكراهاً معتبراً فذاك، فإن أكثر الناس يظنّ ما ليس بإكراه إكراهاً اهـ. وهذا ظاهر، إذا كان ممن يخفى عليه ذلك. ثم شرع في الركن الرابع وهو المحل أي المرأة فقال (**ولو قال**) شخص لزوجته أنت طالق أو طلقتك فذاك واضح، وكذا لو قال جسمك أو جسدك أو روحك أو شخصك أو جثتك أو ذاتك طالق، وإن طلق جزاء منها كقوله يدك أو رجلك أو نحو ذلك من أعضائها المتصلة بها أو (**ربعك أو بعضك أو جزؤك**) سواء أكان معلوماً كالمثال الأول أو مبهماً كالمثال الثاني والثالث، أصلياً كان أو زائداً، ظاهراً كما مرّ أو باطناً، ومثل له بقوله (**أو كبدك**) أو كان الجزء مما ينفصل منها في الحياة، ومثل له بقوله (**أو شعرك أو ظفرك طالق وقع**) الطلاق جزماً واحتجوا له بالإجماع، ولأنه طلاق صدر من أهله، فلا ينبغي أن يلغى وتبعيضه متعذر، لأن المرأة لا تتبعض في حكم النكاح فوجب تعميمه، وبالقياس على العتق بجامع أن كلًّا منهما إزالة ملك بالصريح والكناية، ونظر في القياس بأن العتق محبوب والطلاق مبغوض، وبأن العتق يقبل التجزئة فصحت إضافته للبعض بخلاف الطلاق (**وكذا دمك**) طالق يقع به الطلاق (**على المذهب**) لأن به قوام البدن كالروح، وفي وجه لا يقع لأنه كفضلة وقطع بعضهم الأوّل (**لا فضله كريق وعرق**) وبول لا يقع بها طلاق؛ لأنها غير متصلة اتصال خلقة بخلاف ما قبلها (**وكذا مني ولبن**) لا يقع بهما (**في الأصح**) لأنهما وإن كان أصلهما دماً فقد تهيآ للخروج بالاستحالة كالبول، والثاني الوقوع كالدم؛ لأنه أصل كل واحد منهما، وكالفضلات الأخلاط كالبلغم ولا بالجنين لأنه شخص مستقل بنفسه، وليس محلاً للطلاق ولا بالعضو الملتحم

وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعةِ يَمِينٍ يَمِينُكَ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ عَلَى المَذْهَبِ، وَلَوْ قَالَ أَنَا مِنْكِ طَالِقٌ وَنَوى تَطْلِيقَهَا طُلِّقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ طَلَاقاً فَلَا، وكَذَا إِنْ لَمْ يَنْوِ إِضَافَتَهُ إِلَيْهَا فِي الأَصَحِّ،

بالمرأة بعد الفصل منها؛ لأنه كالمنفصل بدليل وجوب قطعه وعدم تعلق القصاص به. قال الزركشي: ويؤخذ من عدم الوقوع عدم نقض الوضوء به، ولا بالمعاني القائمة بالذات كالسمع والبصر والحركة وسائر الصفات المعنوية كالحسن والقبح والملاحة؛ لأنها ليست جزءاً من بدنها، والشحم والسمن جزآن من البدن، فيقع بالإضافة إلى كل منهما الطلاق وإن نوزع في الأوّل، ولو قال: اسمك طالق لم تطلق إن لم يرد به الذات، فإن أرادها به طلقت، وإن قال نَفْسُك بإسكان الفاء طالق طلقت لأنها أصل الآدمي، أما بفتح الفاء فلا لأنه أجزاء من الهواء يدخل الرئة ويخرج منها لا جزء من المرأة ولا صفة لها، ولو قال: حياتك طالق طلقت إن أراد بها الروح، وإن أراد المعنى فلا كسائر المعاني، وإن أطلق فهو كالأوّل كما بحثه بعض المتأخرين.

تنبيه: الطلاق فيما مرّ يقع على الجزء، ثم يسري إلى باقي البدن، كما في العتق، فلو قال: إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت، ثم دخلت لم تطلق كمن خاطبها بذلك ولا يمين لها كما قال **(ولو قال لمقطوعة يمين)** مثلاً **(يمينك)** وذكره على إرادة العضو، ولو أنث قال: يمناك **(طالق لم يقع على المذهب)** المنصوص لفقدان الذي يسري منه الطلاق إلى الباقي كما في العتق، وكما لو قال لها: لحيتك أو ذكرك طالق، والطريق الثاني تخريجه على الخلاف، فإن جعلناه من باب التعبير بالبعض عن الكل وقع، أو من باب السراية فلا، وصوّر الروياني المسألة بما إذا فقدت يمينها من الكتف وهو يقتضي أنها تطلق في المقطوعة من الكف أو من المرفق وهو كذلك؛ لأن اليد حقيقة إلى المنكب كما مرّ في باب الوضوء. قال في البحر: ولو قال: حفصة طالق، ورأس عمرة برفع رأس طلقتا، أو بجرّه لم تطلق عمرة اهـ. وهذا ظاهر فيمن يعرف العربية، أما غيره فتطلق عمرة مطلقاً، ولو قال لأمته: يدك أم ولد أو للملتقط يدك ابني لم يثبت به استيلاد ولا نسب لعدم السراية فيهما **(ولو قال: أنا منك طالق ونوى تطليقها)** أي إيقاع الطلاق عليها **(طلقت)** لأن عليه حجراً من جهتها، حيث لا ينكح معها أختها ولا أربعاً ويلزمه صونها ومؤنتها فيصح إضافة الطلاق إليه لحلّ السبب المقتضي لهذا الحجر، ولأن المرأة مقيدة والزوج كالقيد عليها والحلّ يضاف إلى القيد كما يضاف إلى المقيد، فيقال: حلّ فلان المقيد وحلّ القيد عنه **(وإن لم ينو طلاقاً فلا)** تطلق؛ لأن اللفظ خرج عن الصراحة بإضافته إلى غير محله فشرط فيه ما شرط في الكناية من قصد الإيقاع **(وكذا)** لا تطلق **(إن لم ينو)** مع نية الطلاق **(إضافته إليها في الأصح)** لأن محل الطلاق المرأة لا الرجل واللفظ مضاف إليه، فلا بدّ من نية صارفة تجعل الإضافة إليه إضافة إليها، والثاني تطلق لوجود نية الطلاق، ولا حاجة للتنصيص على المحل نطقاً أو نية.

تنبيه: عبارته تصدق بصورتين: الأولى أن لا ينوي إيقاعه عليها ولا عليه. والثانية أن

وَلَوْ قَال أَنَا مِنْكِ بَائِنٌ اشْتُرِطَ نِيَّةُ الطَّلَاقِ، وَفِي الإِضَافَةِ الْوَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ اسْتَبْرِئِي رَحِمِي مِنْكِ فَلَغْوٌ، وَقِيلَ إِنْ نَوَى طَلَاقَهَا وَقَعَ.

[فَصْلٌ]

خِطَابُ الأَجْنَبِيَّةِ بِطَلَاقٍ وَتَعْلِيقُهُ بِنِكَاحٍ وَغَيْرِهِ لَغْوٌ،

ينوي تطليق نفسه، لكن عبر في الرّوضة في الأولى بالصحيح، وفي الثانية القطع بعدم الوقوع، وقيل: بجريان الخلاف، والتقييد بقول المصنف منك وقع أيضاً في الرّوضة وأصلها وهو يوهم أنه لو أسقطها لم يقع، وكلام القاضي يقتضي عدم اعتبارها وهو الظاهر لانتظام هذا العمل بدونها وجرى عليه في المهات؛ ولهذا حذفها الدارمي في الاستذكار. قال وحينئذ، فإن كانت له زوجة واحدة وقصد طلاقها فواضح، وإن كان له زوجات وقصد طلاق واحدة منهنّ وقع على واحدة ويعين (**ولو قال: أنا منك بائن**) أو نحوه من الكنايات (**اشترط نية**) أصل (**الطلاق**) قطعاً كسائر الكنايات (**وفي**) نية (**الإضافة**) إليها (**الوجهان**) في قوله: أنا منك طالق أصحهما اشتراطها، فإن نوى الطلاق مضافاً إليها وقع وإلا فلا لما مرّ.

تنبيه: لا حاجة إلى هذه المسألة بعد ذكر المسألة قبلها؛ لأن النية إذا شرطت في الصريح، وهو أنا منك طالق ففي الكناية وهو أنا منك بائن أولى، اللهم إلا أن يقال: إنما ذكرها تمييزاً بين الكناية القريبة والبعيدة وهي استبراء رحمه الذي تضمنه قوله (**ولو قال: استبرئي رحمي منك**) أو أنا معتدّ منك أو نحو ذلك كاستبرئي الرحم التي كانت لي (**فلغو**) وإن نوى به الطلاق؛ لأن اللفظ غير منتظم في نفسه، والكناية شرطها احتمال اللفظ المراد (**وقيل: إن**) نوى بهذا اللفظ (**طلاقها وقع**) ويكون المعنى عليه استبرئي الرحم التي كانت لي وبه صوّر المسألة في الشرح الصغير.

تنبيه: قوله: منك ليس بقيد، فلو لم يذكره كان الحكم كذلك ولو قال شخص لآخر: طلق امرأتي، فقال له طلقتك ونوى وقوعه عليه لم تطلق، كما قاله في التتمة، لأن النكاح لا تعلق له، بالأجنبي بخلاف المرأة مع الزوج.

(فصل)

في بيان الولاية على محل الطلاق وهو الزوجة، وهذا هو الركن الخامس فخرجت الأجنبية كما قال (**خطاب الأجنبية بطلاق**) كأنت طالق (**وتعليقه**) أي الطلاق (**بنكاح**) كإن تزوجتها فهي طالق (**وغيره**) أي النكاح كإن دخلت الدار فأنت طالق (**لغو**) أي فلا تطلق على زوجها، أما المنجز فبالإجماع، وأما المعلق فلانتفاء الولاية من القائل على المحل، وقد قال ﷺ: «لَا طَلَاقَ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ» رواه الترمذي وصححه، ولو قال كل امرأة أتزوّجها فهي

وَالأَصحُّ صِحَّةُ تَعْلِيقِ الْعَبْدِ ثَالِثَةً كَقَوْلِهِ إِنْ عَتَقْتُ أَوْ إِنْ دَخلْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً فَيقَعْنَ إِذَا عَتَقَ أَوْ دَخلَتْ بَعْدَ عِتْقِهِ، وَيَلْحَقُ رَجْعِيَّةً لَا مُخْتَلِعَةً، وَلَوْ عَلَّقَهُ بِدُخُولٍ فَبَانَتْ ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ دَخلَتْ لَمْ يَقَعْ إِنْ دَخلَتْ في الْبَيْنُونَةِ، وَكَذَا إِنْ لَمْ تَدْخُلْ في الأَظْهَرِ، وَفِي ثَالِثٍ يَقَعُ إِنْ بَانَتْ بِدُونِ ثَلَاثٍ،

طالق فرفع إلى قاض شافعي ففسخه. قال العبادي: انفسخت اليمين، وقال الهروي: ليس ذلك بفسخ بل هو حكم بإبطال اليمين، فإن اليمين الصحيحة لا تنفسخ.

تنبيه: تعليق العتق بالملك كتعليق الطلاق بالنكاح **(والأصح صحة تعليق العبد)** طلقة **(ثالثة كقوله: إن عتقت أو إن دخلت)** الدار مثلاً **(فأنت طالق ثلاثاً فيقعن إذا عتق)** العبد **(أو دخلت)** زوجته الدار **(بعد عتقه)** وإن لم يكن مالكاً للثالثة وقت التعليق؛ لأنه يملك أصل النكاح، وهو يفيد الطلقات الثلاث بشرط الحرّية، وقد وجدت. والثاني: لا يصح؛ لأنه لا يملك تنجيزها فلا يملك تعليقها، وعلى هذا عليه طلقتان. قال الرافعي: ويجري الوجهان في قوله لأمته الحائل: إن ولدت فولدك حرّ **(ويلحق)** الطلاق **(رجعية)** لأنها في حكم الزوجات لبقاء الولاية عليها بملك الرّجعة، قال الشافعي رضي الله عنه: الرّجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى، يريد بذلك لحوق الطلاق، وصحة الظهار، واللعان، والإيلاء، والميراث **(لا مختلعة)** فلا يلحقها طلاق وإن كانت في العدّة لانتفاء الولاية عليها، وما روى من أن المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدّة. قال ابن الجوزي: هو حديث موضوع **(ولو علقه)** أي الطلاق **(بدخول)** الدار مثلاً أو غيره مما يمكن حصوله في البينونة **(فبانت)** بطلاق أو فسخ قبل الدخول بها أو بعده: إما بعوض أو بالثلاث **(ثم نكحها)** أي جدّد نكاحها **(ثم دخلت لم يقع)** بذلك طلاق **(إن)** كانت **(دخلت في)** حال **(البينونة)** جزماً لانحلال اليمين بالدخول فيها **(وكذا)** لا يقع **(إن لم تدخل)** في البينونة بل دخلت في النكاح **(في الأظهر)** لارتفاع النكاح الذي علق فيه، والثاني: يقع لقيام النكاح في حالتي التعليق والصفة، وتخلل البينونة لا يؤثر؛ لأنه ليس وقت لإيقاع ولا وقت الوقوع **(وفي)** قول **(ثالث يقع إن بانت بدون ثلاث)** لأن العائد في النكاح الثاني ما بقي من الطلقات من الأول فتعود بصفتها، وهي التعليق بالفعل المعلق عليه، بخلاف ما لو بانت بالثلاث لأنه استوفى ما علق من الطلاق، والعائد طلقات جديدة. أما إذا لم يمكن حصول الصفة في البينونة كأن قال: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً فأبانها ثم نكحها لم يقع طلاق قطعاً كما هو قضية كلام الرّوضة وأصلها.

تنبيه: ما ذكر هنا إذا كان التعليق بالدخول المطلق. أما لو حلف بالطلاق الثلاث أنها تدخل الدار في هذا الشهر ثم أبانها قبل انقضاء الشهر وبعد تمكنها من الدخول ثم تزوّجها ومضى الشهر ولم تدخل فنقل السبكي عن ابن الرفعة أنه أفتى بالتخلص، وأنها لا تطلق ثم

وَلَوْ طَلَّقَ دُونَ ثَلاَثٍ وَرَاجَعَ أَوْ جَدَّدَ وَلَوْ بَعْدَ زَوْجٍ عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الثَّلاَثِ وَإِنْ ثَلَّثَ عَادَتْ بِثَلاَثٍ، وَلِلْعَبْدِ طَلْقَتَانِ فَقَطْ، وَلِلْحُرِّ ثَلاَثٌ، وَيَقَعُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، وَيَتَوَارَثَانِ فِي عِدَّةِ رَجْعِيٍّ

تبين له أنه خطأ. قال السبكي: فبحثت معه في ذلك وأنا أجنح إلى التخلص وهو لا يلوي عن كونه خطأ، وذكر كلاماً طويلاً تعرّضت له في شرح التنبيه. قال البلقيني: الصواب ما أفتى به ابن الرّفعة أوّلاً. وهو التخلص اهـ. وهذا هو المعتمد؛ لأنه ظاهر إطلاق كلام الأصحاب، وقد مرّت الإشارة إلى بعض ذلك في كتاب الخلع (**ولو طلق**) الزوج الحرّ (**دون ثلاث وراجع**) من طلقها (**أو جدّد**) نكاحها (**ولو بعد زوج**) وإصابة كما في بعض نسخ المحرّر (**عادت ببقية الثلاث**) أما إذا لم يكن بعد زوج فبالإجماع، وأما بعد الزوج فخالف في ذلك أبو حنيفة وقال: تعود بالثلاث؛ لأن الزوج يهدم الثلاث فما دونها، واحتج أصحابنا بأنها إصابة ليست بشرط في الإباحة فلم تؤثر كوطء السيد أمته المطلقة، وبهذا قال أكابر الصحابة كما قاله ابن المنذر: منهم عمر رضي الله عنه، ولم يظهر لهم مخالف (**وإن ثلث**) الطلاق بأن طلقها ثلاثاً وجدّد نكاحها بعد زوج دخل بها وفارقها وانقضت عدّتها منه (**عادت بثلاث**) بالإجماع؛ لأن دخول الثاني أفاد حلّ النكاح للأوّل، ولا يمكن بناؤه على العقد الأول فثبت نكاح مستفتح بأحكامه (**وللعبد طلقتان فقط**) وإن كانت الزوجة حرّة لما روى الدارقطني مرفوعاً: «طَلَاقُ الْعَبْدِ اثْنَتَانِ». وروي عن عثمان وزيد بن ثابت، ولا مخالف لهما من الصحابة رواه الشافعي والمكاتب والمبعض والمدبر كالقنّ، وإنما لم تعتبر حرّية الزوجة؛ لأن الاعتبار في الطلاق بالزوج لما روى البيهقي أن النبي ﷺ قال: «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ، وَالعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ» وقد يملك العبد ثالثة كذميّ طلق زوجته طلقتين ثم التحق بدار الحرب واسترق ثم أراد نكاحها فإنها تحلّ له على الأصح، ويملك عليها الثالثة لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين. وطريان الرّق لا يمنع الحلّ السابق بخلاف ما لو طلقها طلقة ثم استرق فإنها تعود له بطلقة فقط؛ لأنه رق قبل استيفاء عدد العبيد، ومن عتق بعد طلقة بقي له طلقتان؛ لأنه عتق قبل استيفاء عدد العبيد أو بعد طلقتين لم يبق له شيء لاستيفائه عدد العبيد في الرّق، ولو أشكل على الزوجين هل وقع الطلقتان قبل العتق أو بعده لم يبق له شيء؛ لأن الرق ووقوع الطلاق معلومان، والأصل بقاء الرّق حين أوقعهما، فإن ادّعى تقدّم العتق عليهما وأنكرت صدّق بيمينه، سواء اتفقا على يوم العتق أو لم يتفقا على وقت لأنه أعرف بوقت الطلاق، فإن اتفقا على يوم الطلاق كيوم الجمعة وادّعى العتق قبله صدّقت بيمينها لأن الأصل دوام الرّق قبل يوم الجمعة (**وللحرّ ثلاث**) وإن كانت زوجته أمة: «لأنه ﷺ سئل عن قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة ٢٢٩]. فأين الثالثة، فقال: أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» رواه أبو داود وصححه ابن القطان، وإنما لم يعتبر رق لزوجة لما مرّ. واعتبره أبو حنيفة بالنساء كالعدة (**ويقع**) الطلاق بائناً أو رجعياً (**في مرض موته**) أي المطلق كما يقع في صحته (**ويتوارثان**) أي الزوج المريض وزوجته (**في عدّة**) طلاق (**رجعي**) بالإجماع لبقاء آثار

لَا بَائِنٍ، وَفي القَدِيمِ تَرِثُهُ.

[فصل]

قَالَ طَلَّقتُكِ أَوْ أَنتِ طَالِقٌ وَنَوَى عَدداً وَقَعَ، وَكذَا الْكِنَايَةُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَنَوى عَدَداً فَواحِدَةٌ، وَقِيلَ المنْوِيُّ.

الزوجية في الرّجعة بلحوق الطلاق لها والإيلاء منها وغير ذلك كما مرّ **(لا)** في عدّة الطلاق **(بائن)** لانقطاع آثار الزوجية **(وفي القديم)** ونصّ عليه في الإملاء فيكون جديداً **(ترثه)** وبه قال الأئمة الثلاثة؛ لأن تطليقها بغير اختيارها يدلّ على قصده حرمانها من الإرث فيعاقب بنقيض قصده.

تنبيه: للقديم شروط: أحدها: كون الزوجة وارثة، فلو أسلمت بعد الطلاق فلا. ثانيها: عدم اختيارها، فلو اختلعت أو سألت فلا. ثالثها: كون البينونة في مرض مخوف ونحوه ومات بسببه، فإن برىء منه فلا. رابعها: كونها بطلاق لا بلعان وفسخ. خامسها: كونه منشأ ليخرج ما إذا أقرّ به. سادسها: كونه منجزاً، وإذا قلنا بالجديد فلها حكم بقية البوائن إلا إن قصد بطلاقها فراره من الإرث فيجري في تحريمه خلاف تحريم بيع النصاب قبل الحول فراراً من الزكاة، وعبر بقوله: ترثه دون يتوارثان تنبيهاً على أنها لو ماتت لا يرثها وهو كذلك.

(فصل)

في تعدّد الطلاق بنيّة العدد فيه وغير ذلك، لو **(قال)** شخص لزوجته ولو نائمة أو مجنونة **(طلقتك أو أنت طالق)** أو نحو ذلك من الصريح وإن لم يخاطبها كقوله: هذه طالق **(ونوى عدداً وقع)** سواء المدخول بها وغيرها؛ لأن اللفظ يحتمل العدد بدليل جواز تفسيره به وما احتمل إذا نواه وقع كالطلاق بالكناية فيأتي فيه ما مرّ في أن النية لا بدّ من مقارنتها لجميع اللفظ أو تكفي مقارنته لبعضه كما قاله المتولي وغيره **(وكذا الكناية)** كأنت بائن إذا نوى فيها عدداً وقع ما نواه لاحتمال اللفظ له، فإن نوى واحدة أو لم ينو شيئاً وقعت واحدة؛ لأنه المتيقن **(ولو قال: أنت طالق واحدة)** بالنصب بخطه **(ونوى عدداً فواحدة)** لأن الملفوظ يناقض المنوي واللفظ أقوى فالعمل به أولى. وهذا ما صححه الغزالي، وفي المحرّر أنه الذي رجح، والرّفع والجرّ والسكون كالنصب في هذا وفيما سيأتي، وتقدير الرفع على أنه خبر، والنصب على أنه صفة لمفعول محذوف، والجرّ على أنت ذات واحدة، فحذف الجارّ وأبقى المجرور بحاله كما قيل لبعضهم: كيف أصبحت. قال خير: أي بخير، أو يكون المتكلم لحن، واللحن لا يغير الحكم عندنا والسكون على الوقف **(وقيل)** يقع **(المنوي)** لا الملفوظ عملاً بالنية، ومعنى أنت واحدة: أي أنك تتوحدين مني بالعدد الذي أوقعته، وهذا ما صححه في أصل الرّوضة تبعاً للبغوي وغيره، وهو المعتمد، ولو قال: أنت واحدة بالنصب وحذف طالق. قال الزركشي

قُلْتُ: وَلَوْ قَالَ أَنتِ وَاحِدَةٌ وَنَوى عَدداً فَالمَنْوِيُّ ،وَقِيلَ وَاحِدَةٌ، وَاللَّهُ أَعْلَم،وَلَوْ أَرادَ أَنْ يَقُولَ أَنتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً فَمَاتَتْ قَبْلَ تَمَامِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ أَوْ بَعْدَهُ قَبْلَ ثَلَاثاً فَثلاثٌ، وَقِيلَ وَاحِدَةٌ، وقِيلَ لَا شَيْءَ،

وغيره: ظاهر كلام المصنف وقوع واحدة أيضاً اهـ . ويؤيده عدم الفرق بين قوله: أنت طالق واحدة بالرفع وبين أنت واحدة بالرفع وحذف طالق كما سيأتي (**قلت: ولو قال: أنت واحدةٌ**) بالرفع (**ونوى عدداً فالمنوي**) حملا للتوحد على التفرد عن الزوج بالعدد المنوي لقربه من اللفظ (**وقيل**) يقع (**واحدة، والله أعلم**) لأن لفظ الوحدة نص لا يحتمل ما زاد عليها، ويجري الخلاف فيما لو قال: أنت طالق واحدةٌ بالرفع.

تنبيه: حاصل ما ذكر أن المعتمد اعتبار المنوي في جميع الحالات، ولو قال: أنت طالق اثنتين ونوى به الثلاث. قال في التوشيح: يظهر مجيء الخلاف فيه أنه هل يقع ما نوى أو لا يقع إلا ثنتان؟ والراجح وقوع الثلاث، ووجهه أنه لما نوى الثلاث بأنت طالق ثم قال: ثنتين فكأنه يريد رفع ما وقع، ولو قال: أنت بائن ثلاثاً ونوى واحدة فهل ينظر إلى اللفظ أو إلى النية؟ وجهان قضية كلام المتولي الجزم بالثلاث. وحاصل ذلك أن النية إذا اختلفت مع اللفظ فالعبرة بالأكثر منهما (**ولو أراد أن يقول: أنت طالق ثلاثاً فماتت**) أو أسلمت أو ارتدّت قبل دخول بها أو أخذ شخص على فيه (**قبل تمام طالق لم يقع**) طلاق لخروجها عن محل الطلاق قبل تمامه (**أو بعده قبل**) شروعه في قوله (**ثلاثاً فثلاث**) لأنه كان قاصداً للثلاث حين قال أنت طالق وقد تمّ معه لفظ الطلاق في حياتها، أو قبل إسلامها، أو قيل ردّتها، أو قبل إمساك فيه (**وقيل:**) يقع (**واحدة**) ويلغى قوله ثلاثاً لوقوعه بعد موتها (**وقيل: لا شيء**) يقع من ثلاث أو واحدة؛ لأن الكلام بآخره وقد ماتت قبل تمامه، وترجيح الأوّل نقلا تصحيحه في الرّوضة وأصلها عن البغوي، ثم قالا: وقال إسماعيل البوشنجي: الذي تقتضيه الفتوى أنه إن نوى الثلاث بقوله: أنت طالق وقصد أن يحققه باللفظ فثلاث وإلا فواحدة اهـ.، وصحح هذا في الأنوار. وقال الزركشي: إنه الصواب المنقول عن الماوردي والقفال وغيرهما اهـ . وهذا هو الظاهر وإن نازع في ذلك الأذرعي.

تنبيه: قد علم مما تقرّر أن ذكر الموت في كلام المصنف مثال، واحترز بقوله: ولو أراد أن يقول: أنت طالق ثلاثاً عما لو قال: أنت طالق على عزم الاقتصار عليه فماتت، فقال: ثلاثاً. قال الإمام: لا شك أن الثلاث لا تقع بل يقع واحدة، واختلفوا في قوله: أنت طالق ثلاثاً كيف سبيله، فقيل: قوله: ثلاثاً منصوب بالتفسير والتمييز. قال الإمام: وهذا جهل بالعربية، وإنما هو صفة لمصدر محذوف، أي طالق طلاقاً ثلاثاً، كقوله: ضربت زيداً شديداً، يعني ضرباً شديداً.

فروع: لو قال: أنت طالق إن أو إن لم، وقال قصدت الشرط لم يقبل ظاهراً إلا إن منع

وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ وَتَخَلَّلَ فَصْلٌ فَثَلَاثٌ،

الإتمام كأن وضع غيره يده على فمه وحلف فيقبل ظاهراً للقرينة، ولو قال: أنت طالق طلقة واحدة ألف مرّة، أو كألف، أو أنت طالق بوزن ألف درهم ولم ينو عدداً في الثلاث فطلقة واحدة فقط؛ لأن ذكر الواحدة في الأولبين يمنع لحوق العدد، وذكر الوزن في الثالثة ملغى؛ لأن الطلاق لا يوزن، ولو قال: أنت كمائة طالق وقعت واحدة لأنها المتيقنة في أحد وجهين اختاره البندنيجي وغيره، ولو قال: أنت طالق حتى يتمّ الثلاث أو أكملها ولم ينو الثلاث فواحدة، وقيل: ثلاث. ولو قال: أنت طالق ألواناً من الطلاق فواحدة إن لم ينو عدداً، بخلاف قوله أنواعاً من الطلاق أو أجناساً منه أو أصنافاً فإن الظاهر كما قال شيخنا وقوع الثلاث، ولو قالت لزوجها: طلقني ثلاثاً، فقال: أنت طالق ولم ينو عدداً فواحدة. فإن قيل الجواب منزل على السؤال فينبغي وقوع الثلاث كما لو قالوا فيما لو قال: طلقي نفسك ثلاثاً، فقالت بلا نية: طلقت فإنها تطلق ثلاثاً. أجيب بأن السائل في تلك مالك للطلاق، بخلافه في هذه، ولو طلقها طلقة رجعية، ثم قال: جعلتها ثلاثاً لم يقع به شيء، ولو قال: أنت طالق ملء الدنيا أو مثل الجبل أو أعظم الطلاق أو أكبره بالباء الموحدة، أو أطوله أو أعرضه أو أشدّه أو نحوها وقعت واحدة فقط، وكذا لو قال: بعدد التراب بناء على قول الجمهور أن التراب اسم جنس لا جمع، أو بعدد شعر إبليس؛ لأنه نجز الطلاق وربط عدده بشيء شككنا فيه فنوقع أصل الطلاق ونلغي العدد، ولو قال: أنت طالق بعدد أنواع التراب أو أكثر الطلاق بالمثلثة أو كله، أو يا مائة طالق، أو أنت مائة طالق وقع الثلاث لظهور ذلك فيها، ولو قال: أنت طالق أقلّ من طلقتين وأكثر من طلقة وقع طلقتان كما نقله الاسنوي عن أبي المعالي وصوّبه. ثم شرع في تكرير الطلاق، فقال (وإن) أتى بثلاث جمل تكرر فيها لفظ المبتدأ والخبر كأن (قال) لمدخول بها (**أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، وتخلل فصل فثلاث**) سواء أقصد التأكيد أم لا؛ لأنه خلاف الظاهر، لكن إذا قال: قصدت التأكيد فإنه يدين، فإن تكرر لفظ الخبر فقط كأنت طالق طالق طالق فكذا عند الجمهور خلافاً للقاضي في قوله يقع واحدة، ولو لم يرفع المكرر بل نصبه كأنت طالق طالقاً لم يقع شيء في الحال كما قاله العبادي، لكن إذا طلقها وقع طلقتان، والتقدير إذا صرت مطلقة فأنت طالق.

تنبيه: المراد بالفصل أن يسكت فوق سكتة التنفس. قال الإمام: وهو كالاستثناء في الاتصال لا كالإيجاب والقبول فإنه كلام شخص واحد، وهذا في الطلاق المنجز. أما المعلق كإن دخلت الدار فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، فإن الطلاق لا يتعدّد إلا إن نوى الاستئناف، فإن نواه تعدّد، بخلاف ما لو نوى الاستئناف في نظيره من الأيمان لا تتعدّد الكفارة؛ لأن الطلاق محصور، فقصد الاستئناف يقتضي استيفاءه، بخلاف الكفارة، ولأن الكفارة تشبه الحدود المتحدة الجنس فتتداخل بخلاف الطلاق وقد مرّت

وَإِلَّا فَإِنْ قَصَدَ تَأْكِيداً فَوَاحِدَةٌ أَوِ اسْتِئْنَافاً فَثَلَاثٌ، وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي الْأَظْهَرِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّانِيَةِ تَأْكِيداً وَبِالثَّالِثَةِ اسْتِئْنَافاً أَوْ عَكَسَ فَثِنْتَانِ أَوْ بِالثَّالِثَةِ تَأْكِيدَ الْأُولَى فَثَلَاثٌ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ صَحَّ قَصْدُ تَأْكِيدِ الثَّانِي بِالثَّالِثِ،

الإشارة إلى ذلك **(وإلا)** أي وإن لم يتخلل فصل **(فإن قصد تأكيداً)** أي قصدنا تأكيد الأولى بالأخيرتين **(فواحدة)** أي تقع؛ لأن التأكيد في كلامهم معهود في جميع اللغات وقد ورد به الشرع.

تنبيه: بحث بعضهم اشتراط نية التأكيد من أوّل التأسيس أو في أثنائه على الخلاف الآتي في نية الاستثناء وهو حسن **(أو)** قصد **(استئنافاً فثلاث)** تقع؛ لأن اللفظ ظاهر فيه وتأكيد بالنية **(وكذا إن أطلق)** بأن لم يقصد تأكيداً ولا استئنافاً يقع ثلاث **(في الأظهر)** عملاً بظاهر اللفظ، ولأن حمله على فائدة جديدة أولى منه على التأكيد والثاني لا يقع إلا واحدة؛ لأن التأكيد محتمل فيؤخذ باليقين.

تنبيه: هذا التفصيل يأتي في تكرير الكنايات كقوله: اعتدّي، اعتدّي، اعتدّي، كما حكاه الرافعي في الفروع المنثورة في الصريح والكناية، لو كانت الألفاظ مختلفة ونوى بها الطلاق وقع بكل لفظة طلقة كما في الرّوضة وأصلها، ولو اختلف ألفاظ الصريح كأنت مطلقة، أنت مسرحة، فهو كقوله: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق على الأصح، وقيل: يقع في هذه الثلاث قطعاً، حكاه الحناطي. قال الزركشي: وينبغي أن يلحق بالإطلاق ما لو تعذرت مراجعته بموت أو جنون أو نحوه قال: ولم يتعرّضوا له اهـ. وهو ظاهر، وتصوير المصنف وغيره التأكيد بثلاث قد يقتضي أنه لا يصح منه إرادة التأكيد بالرابعة. وقال في التوشيح: أنه الذي يتجه. وقال ابن عبد السلام: إن العرب لا تؤكد أكثر من ثلاث مرّات. وقال البلقيني: الحكم عندي في ذلك كالحكم في صورة تكريره ثلاثاً، ولا ينبغي أن يتخيل أن الرابعة تقع بها طلقة لفراغ العدد، لأنه إذا صح التأكيد بما يقع لولا قصد التأكيد فلأن يؤكد بما لا يقع عند قصد التأكيد أولى اهـ. والمتجه كما قال الاسنوي في التمهيد أنه يقبل التأكيد مطلقاً كما أطلقه الأصحاب في الإقرار وغيره **(وإن قصد بالثانية تأكيداً)** للأولى **(وبالثالثة استئنافاً أو عكس)** بأن قصد بالثانية استئنافاً وبالثالثة تأكيداً للثانية **(فثنتان)** يقعان بقصده، وليس هذا عكس صورة المتن؛ لأنها مذكورة في قوله **(أو)** قصد **(بالثالثة تأكيد الأولى)** وبالثانية الاستئناف **(فثلاث في الأصح)** لتخلل الفاصل بين المؤكد والمؤكد. والثاني: طلقتان ويغتفر الفصل اليسير.

تنبيه: بقي ما لو قصد بالثانية ولم يقصد بالثالثة شيئاً، أو بالثالثة الاستئناف ولم يقصد بالثانية شيئاً، والأظهر وقوع ثلاث فيهما **(وإن)** كرر الخبر بعطف كأن **(قال: أنت طالق، وطالق، وطالق)** بالواو كما مثل أو الفاء أو ثم **(صح قصد تأكيد الثاني بالثالث)** لتساويهما في

لَا الْأَوَّلِ بِالثَّانِي، وَهٰذِهِ الصُّوَرُ فِي مَوْطُوءَةٍ، فَلَوْ قَالَهُنَّ لِغَيْرِهَا فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَوْ قَالَ لِهٰذِهِ إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وطَالِقٌ فَدَخَلَتْ فَثِنْتَانِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ لِمَوْطُوءَةٍ أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً مَعَ أَوْ مَعَهَا طَلْقَةٌ فَثِنْتَانِ، وَكَذَا غَيْرُ مَوْطُوءَةٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ طَلْقَةً قَبْلَ طَلْقَةٍ أَوْ بَعْدَهَا طَلْقَةٌ فَثِنْتَانِ فِي مَوْطُوءَةٍ،

الصيغة (لا) تأكيد (**الأوّل بالثاني**) لاختصاص الثاني بحرف العطف وموجبه التغاير، وهذا الظاهر، أما فيما بينه وبين الله تعالى فيصح كما صرّح به الماوردي، وقال ابن الرفعة: إنه الذي يقتضيه نص الشافعي رضي الله عنه.

تنبيه: سكت المصنف عن حالة الإطلاق وفيها قولان كما سبق (**وهذه الصور**) السابقة كلها (**في**) زوجة (**موطوءة**) غير مخالعة (**فلو قالهنّ لغيرها فطلقة بكل حال**) لأنها تبين بالأولى فلا يقع ما بعدها (**ولو قال لهذه**) أي غير المدخول بها (**إن دخلت الدار**) مثلاً (**فأنت طالق وطالق**) أو أنت طالق وطالق إن دخلت الدار (**فدخلت**ـها (**فثنتان**) يقعان (**في الأصح**) لأنهما متعلقان بالدخول ولا ترتيب بينهما، وإنما يقعان معاً، والثاني: لا يقع إلا واحدة كالمنجز.

تنبيه: لو عطف بثم أو نحوها مما يقتضي الترتيب لم يقع بالدخول إلا واحدة؛ لأن ذلك يقتضي الترتيب، وسواء أقدّم الشرط أم أخره كما نقلاه عن المتولي وأقرّاه. ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق أحد عشر طلقة طلقت ثلاثاً بخلاف أنت طالق إحدى وعشرين طلقة لا يقع إلا واحدة فقط، لأنه معطوف فكأنه قال واحدة وعشرين، بخلاف أحد عشر فإنه مركب، ولو قال: إن دخلت الدار فأمنت طالق طلقة، وإن دخلت الدار فأنت طالق طلقتين، فدخلت طلقت ثلاثاً وإن كانت غير مدخول بها، ولو قال لزوجته: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث طلقت ثلاثاً إدخالاً للطرفين؛ لأنه وجد منه التلفظ بالثلاث فلا سبيل إلى الغائها. فإن قيل: في الإقرار لا يدخل الطرف الأخير، فقوله له عليّ من درهم إلى ثلاثة يلزمه درهمان فهلا كان هنا كذلك كما جرى عليه في التنبيه؟. أجيب بأن الطلاق له عدد محصور فأدخلنا الطرفين؛ لأن الظاهر استيفاؤه بخلاف الدراهم المقرّ بها. ولو قال: أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث طلقت ثلاثاً أيضاً؛ لأن ما بين بمعنى من بقرينة إلى كما نقله القمولي وغيره عن الروياني، وجزم به ابن المقري في روضه، ولو قال: أنت طالق ما بين الواحدة والثلاث وقعت طلقة؛ لأنها الصادقة بالبينية بجعل الثلاث بمعنى الثالثة (**ولو قال لموطوءة: أنت طالق طلقة مع**) طلقة (**أو معها طلقة**) أخرى (**فثنتان**) يقعان لقبول المحل، وظاهره أنهما يقعان معاً وهو الأصح. وقيل على الترتيب، وينبني عليهما قوله (**وكذا غير موطوءة**) يقع عليها ثنتان (**في الأصح**) على قول المعية، وعلى الترتيب واحدة تبين بها (**ولو قال**) أنت طالق (**طلقة قبل طلقة أو**) طلقة (**بعدها طلقة فثنتان**) يقعان (**في موطوءة**)، إذ مقتضاه إيقاع إحداهما في الحال وتعقبها الأخرى فيقعان

وَطَلْقَةٌ في غَيْرِهَا، وَلَوْ قَالَ طَلْقَةً بَعْدَ طَلْقَةٍ أَوْ قَبْلَهَا طَلْقَةٌ فَكَذَا في الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ طَلْقَةً في طَلْقَةٍ وَأَرَادَ مَعَ فَطَلْقَتَانِ أَوِ الظَّرْفَ أَوْ الحِسَابَ أَوْ أَطْلَقَ فَطَلْقَةٌ، وَلَوْ قَالَ نِصْفَ طَلْقَةٍ في نِصْفِ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَوْ قَالَ طَلْقَةً في طَلْقَتَيْنِ وَقَصَدَ مَعِيَّةً فَثَلَاثٌ أَوْ ظَرْفاً فَوَاحِدَةٌ، أَوْ حِسَاباً وَعَرَفَهُ فَثِنْتَانِ، وَإِنْ جَهِلَهُ وَقَصَدَ

كذلك (**وطلقة**) فقط (**في غيرها**) لأنها تبين بالأولى فلم تصادف الثانية نكاحاً (**ولو قال**) أنت طالق (**طلقة بعد طلقة أو**) طلقة (**قبلها طلقة**) أو تحت طلقة، أو تحتها طلقة، أو فوق طلقة، أو فوقها طلقة (**فكذا**) يقع ثنتان في موطوءة وواحدة في غيرها (**في الأصح**) فيهما، وعبر في الروضة بالصحيح الذي قطع به الجمهور فيقع به أوّلاً المضمنة ثم المنجزة في قوله: أنت طالق طلقة قبلها طلقة، أو بعد طلقة، أو فوق طلقة، أو تحتها طلقة. وبالعكس في قوله: أنت طالق طلقة بعدها طلقة، أو قبل طلقة، أو فوقها طلقة، أو تحت طلقة، ومقابل الأصح لا تقع إلا واحدة لجواز أن يكون المعنى قبلها طلقة مملوكة أو ثابتة.

تنبيه: هذا إن أطلق فإن قال: أردت ذلك صدق بيمينه لا محالة، نقلاه عن ابن كج وأقراه فليقيد به إطلاق المصنف، ووقع في تحت وفوق خلاف هل هما كمع نقله في الرّوضة عن الإمام والغزالي، وعليه مشى شرّاح الحاوي الصغير، أو هما كبقية الألفاظ المتقدمة كما نقله في الروضة عن مقتضى كلام المتولي، وهو مفهوم كلام ابن المقري، وهو الأوجه كما يعلم مما مرّ. ولو قال لها: أنت طالق طلقة قبلها وبعدها طلقة طلقت ثلاثاً، لأن الطلقة توزع قبل وبعد ثم يكمل النصفان، ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق طلقة رجعية لم تطلق، كذا حكاه البغوي عن فتاوي القاضي، وحكاه في التهذيب عن المهذب، وفيه نظر (**ولو قال: طلقة في طلقة وأراد**) بفي طلقة معنى (**مع**) طلقة (**فطلقتان**) لأن في تستعمل بمعنى مع كما في قوله تعالى: ﴿**قَالَ ادْخُلُوا فِي أُمَمٍ**﴾؟ [الأعراف: ٣٨] (**أو**) أراد (**الظرف أو الحساب أو**) لم يرد شيئاً منهما بأن (**أطلق فطلقة**) في الجميع إذا اقتضى الظرف والحساب ذلك وهو المحقق في الإطلاق (**ولو قال**) أنت طالق (**نصف طلقة في نصف طلقة**) ولم يرد كل نصف من طلقة (**فطلقة بكل حال**) مما ذكر من إرادة المعية أو الظرف أو الحساب أو عدم إرادة شيء، لأن الطلاق لا يتجزأ.

تنبيه: لفظة نصف الثانية مكتوبة في هامش نسخة المصنف بغير خطه وهو صواب كما ذكرت في المحرّر والشرح إذ لا يستقيم قوله بكل حال بدونها، لأنه يقع عند قصد المعية طلقتان وعلى إثباتها لو أراد نصفاً من كل طلقة فطلقتان كما في الاستقصاء، ولو قال: طلقة في نصف طلقة فطلقة إلا أن يريد المعية فثنتان (**ولو قال**) أنت طالق (**طلقة في طلقتين وقصد**) بفي طلقتين (**معية فثلاث**) لما مرّ في قوله طلقة في طلقة (**أو ظرفاً فواحدة**) لأن مقتضاه وقوع المظروف دون الظرف، ومسألة قصد الظرف مزيدة على الروضة والشرحين مع ذكر الوجيز لها (**أو**) قصد(**حساباً وعرفه فثنتان**) لأنهما موجبه عند أهل الحساب (**وأن جهله**) أي الحساب(**وقصد**

مَعْنَاهُ فَطَلْقَةٌ، وَقِيلَ ثِنْتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً فَطَلْقَةٌ، وَفِي قَوْلِ ثِنْتَانِ إِنْ عَرَفَ حِسَاباً، وَلَوْ قَالَ بَعْضَ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ، أَوْ نِصْفَي طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ إِلَّاأَنْ يُرِيدَ كُلَّ نِصْفٍ مِنْ طَلْقَةٍ، وَالأَصَحُّ أَنَّ قَوْلَهُ نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ طَلْقَةٌ، وَثَلَاثَةَ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ أَوْ نِصْفَ طَلْقَةٍ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ طَلْقَتَانِ، وَلَوْ قَالَ نِصْفَ وَثُلُثَ طَلْقَةٍ فَطَلْقَةٌ،

معناه) عند أهله **(فطلقة)** تقع في الأصح لأن ما لا يعلم لا تصح إرادته **(وقيل)** الواقع **(ثنتان)** لأنه موجبه عند أهل الحساب كما مرّ وقد قصده. وأجاب الأوّل بما مرّ **(وإن)** أطلق بأن **(لم ينو شيئاً فطلقة)** في الأظهر، سواء أعلم الحساب أم جهله، لأنه يحتمل الحساب والظرف فلا يزاد على المتيقن وهو طلقة، وما زاد مشكوك فيه **(وفي قول)** الواقع **(ثنتان إن عرف حساباً)** حملا عليه **(ولو قال)** أنت طالق **(بعض طلقة)** أو غين البعض كربع طلقة **(فطلقة)** تقع؛ لأن الطلاق لا يتبعض، فإيقاع بعضه كإيقاع كله لقوّته، وقد حكى فيه ابن المنذر الإجماع، وهل وقوع الطلاق هنا من باب التعبير بالبعض عن الكل كما قاله الإمام، أو من باب السراية كما قاله الرافعي، وتظهر فائدة ذلك في صورتين: إحداهما: لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة، فإن جعلناه من باب السراية أوقعنا ثلاثاً، وهو الأصح، لأن السراية في الإيقاع لا في الرفع. الثانية: إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها طلقة ونصفاً فقيل يستحق ثلثي الألف، لأنه أوقع طلقتين بناء على أنه من باب التعبير بالبعض عن الكل. وقيل: نصف الألف وهو الأصح كما مرّ في بابه، لأنه أوقع نصف الثلاث، وهذا صريح في أن الراجح السراية **(أو)** قال: أنت طالق **(نصفي طلقة فطلقة)** لأن ذلك طلقة، وكذا كل تجزئة لا تزيد أجزاؤها على طلقة **(إلا أن يريد كل نصف من طلقة)** فيقع طلقتان عملاً بقصده **(والأصح أن قوله)**: أنت طالق **(نصف طلقتين)** يقع به **(طلقة)** لأن ذلك نصفهما، فحمل اللفظ عليه صحيح فلا نوقع ما زاد بالشك. والثاني يقع طلقتان نظراً إلى نصف كل طلقة، ومحل الخلاف إذا لم يرد كل نصف من طلقة، وإلا وقع عليه طلقتان قطعاً **(و)** الأصح أن قوله: أنت طالق **(ثلاثة أنصاف طلقة أو نصف طلقة وثلث طلقة)** يقع به **(طلقتان)** في الصورتين على الأصح. أما في الأولى فلزيادة النصف الثالث على الطلقة فتحسب من أخرى. وأما في الثانية فلتكرير لفظ طلقة مع العطف. وقيل: لا يقع فيهما إلا طلقة إلغاء للزيادة في الأولى، ونظراً في الثانية أن المضافين من أجزاء الطلقة، وهذا إذا لم يزد المكرر على أجزاء طلقتين كخمسة أثلاث أو سبعة أرباع طلقة، فإن زاد كسبعة أثلاث أو تسعة أرباع طلقة كان على الخلاف في وقوع طلقة أو ثلاث كما في زيادة الروضة **(ولو قال)** أنت طالق **(نصف وثلث طلقة فطلقة)** تقع في الأصح لانتفاء تكرر لفظ طلقة ولم يزد مجموع النصف والثلث على طلقة، ولو قال: أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة لم يقع إلا واحدة لانتفاء العطف.

وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعٍ أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ أَوْ بَيْنَكُنَّ طَلْقَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثاً أَوْ أَرْبعاً وَقَعَ عَلَى كُلٍّ طَلْقَةٌ، فَإِنْ قَصَدَ تَوْزِيعَ كُلِّ طَلْقَةٍ عَلَيْهِنَّ وَقَعَ فِي ثِنْتَيْنِ ثِنْتَانِ،وَفِي ثَلَاثٍ وَأَرْبَعٍ ثَلَاثٌ، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ بِبَيْنَكُنَّ بَعْضَهُنَّ لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِراً فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ قَالَ لِلأُخْرَى أَشْرَكْتُكِ مَعَهَا أَوْ أَنْتِ كَهِيَ فَإِنْ نَوَى طُلِّقَتْ،وَإِلَّا فَلَا،

تنبيه: حاصل ما ذكر في أجزاء الطلقة أنه إن كرر لفظ طلقة مع العاطف ولم تزد الأجزاء على طلقة كأنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة كان كل جزء طلقة، وإن أسقط لفظ طلقة كأنت طالق ربع وسدس طلقة، أو أسقط العاطف كأنت طالق ثلث طلقة ربع طلقة كان الكل طلقة، فإن زادت الأجزاء كنصف وثلث وربع طلقة كمل الزائد من طلقة أخرى ووقع به طلقة، ولو قال: نصف طلقة ونصفها ونصفها فثلاث إلا إن أراد بالنصف الثالث تأكيد الثاني فطلقتان **(ولو قال لأربع: أوقعت عليكنّ أو بينكنّ طلقة أو طلقتين أو ثلاثاً أو أربعاً وقع على كل)** منهنّ في كل من هذه الصور **(طلقة)** لأن ذلك إذا وزع عليهنّ أصاب كل واحدة منهنّ طلقة أو بعض طلقة فتكمل **(فإن قصد توزيع كل طلقة عليهنّ وقع)** على كل منهنّ **(في ثنتين ثنتان، وفي ثلاث وأربع ثلاث)** عملاً بقصده، بخلاف ما إذا أطلق لبعده عن الفهم، ولو قال: خمساً أو ستاً أو سبعاً أو ثمانياً فطلقتان إلا أن يريد التوزيع، ولو قال: تسعاً فثلاث مطلقاً **(فإن قال أردت ببينكنّ بعضهنّ)** مبهماً كان ذلك البعض أو معيناً كفلانة وفلانة **(لم يقبل ظاهراً في الأصح)** لأن ظاهر اللفظ يقتضي شركتهنّ ولكن يدين. والثاني: يقبل لاحتمال بينكنّ لما أراده، بخلاف عليكنّ فلا يقبل أن يريد به بعضهنّ جزماً.

تنبيه: كلام المصنف قد يقتضي أنه لو فضل بعضهن على بعض كما لو أوقع بينهن «ثلاثاً» ثم قال: أردت إيقاع طلقتين على هذه وقسمة الأخرى على الباقيات أنه لا يقبل، وهو وجه وحكاه الأذرعي عن نص الأمّ، لكن الأصح المنصوص في زيادة الروضة القبول، وعلى هذا لو أوقع بين أربع أربعة وقال: أردت على ثنتين طلقتين طلقتين دون الأخريين لحق الأوليين طلقتان طلقتان عملاً بإقراره ولحق الأخريين طلقة طلقة لئلا يتعطل الطلاق في بعضهنّ، ولو قال: أوقعت بينكنّ سدس طلقة وربع طلقة وثلث طلقة ثلاثاً ثلاثاً، لأن تغاير الأجزاء وعطفها يشعر بقسمة كل جزء بينهنّ، وكذا لو قال: أوقعت بينكنّ طلقة وطلقة وطلقة، في أحد وجهين هو الظاهر كما رجحه شيخنا، لأن التفصيل يشعر بقسمة كل طلقة عليهن **(ولو طلقها)** أي إحدى زوجاته **(ثم قال للأخرى أشركتك معها)** أو جعلتك شريكتها **(أو أنت)** مثلها، أو **(كهي، فإن نوى)** بذلك طلاقها المنجز **(طلقت وإلا فلا)** تطلق لاحتمال قصدت أن الأولى لا تطلق حتى تدخل الأخرى لم يقبل منه، لأنه رجوع عن التعليق الأوّل، وإن قال: أردت إذا دخلت الأولى طلقت الثانية قبل وطلقتا بدخولها، أو أردت تعليق

وَكَذَا لَوْ قَالَ آخَرُ ذٰلِكَ لامْرَأَتِهِ.

[فصل]

يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ بِشَرْطِ اتِّصَالِهِ، وَلَا يَضُرُّ سَكْتَةُ تَنَفُّسٍ وَعِيٍّ.

طلاق الثانية بدخولها نفسها كما في الأولى قبل وتعلق طلاق كل منهما بدخول نفسها، وإن أطلق فالظاهر حمله على هذا الأخير **(وكذا لو)** طلق رجل زوجته، و **(قال)** رجل **(آخر ذلك لامرأته)** كقوله: أشركتك مع مطلقة هذا الرجل أو جعلتك شريكتها، فإن نوى طلاقها طلقت وإلّا فلا؛ لأنه كناية كما مرّ، وإن أشركها مع ثلاث طلقهنّ هو أو غيره ونوى وأراد أنها شريكة كل منهنّ طلقت ثلاثاً، أو أنها مثل إحداهنّ طلقت واحدة، وكذا إن أطلق نية الطلاق ولم ينو واحدة ولا عدداً لأنّ جعلها كإحداهنّ أسبق إلى الفهم وأظهر من تقدير توزيع كل طلقة، وإن أشركها مع امرأة طلقها هو أو غيره ثلاثاً ونوى الشركة في عدد الطلاق طلقت طلقتين؛ لأنه أشركها معها في ثلاث فيخصها طلقة ونصف وتكمل، وقيل واحدة؛ لأنها المتيقنة، وقيل ثلاث لأنه أشركها معها في كل طلقة. أما إذا لم ينو ذلك فيقع واحدة كما جزم به صاحب الأنوار، ولو أوقع بين ثلاث طلقة ثم أشرك الرّابعة معهنّ وقع على الثلاث طلقة طلقة، وعلى الرابعة طلقتان، إذ يخصها بالشركة طلقة ونصف ولو طلق إحدى نسائه الثلاث ثلاثاً ثم قال للثانية: أشركتك معها ثم للثالثة أشركتك مع الثانية طلقت الثانية طلقتين؛ لأن حصتها من الأولى طلقة ونصف، والثالثة طلقة؛ لأن حصتها من الثانية طلقة.

تنبيه: ما ذكره المصنف فيما إذا علم طلاق التي شوركت، فإن لم يعلم كما لو قال: طلقت امرأتي مثل ما طلق زيد وهو لا يدري كم طلق زيد ونوى عدد طلاق زيد، فمقتضى كلام الرافعي أنه لا يقع قاله الزركشي، ومراده العدد لا أصل الطلاق، وهو ظاهر.

(فصل) في الاستثناء

(يصح الاستثناء) لوقوعه في القرآن والسنة وكلام العرب، وهو الإخراج بإلا أو إحدى أخواتها تحقيقاً أو تقديراً، والأوّل المتصل كقام القوم إلا زيداً، والثاني المنقطع كعندي ثوب إلا درهماً، وليس مراداً هنا وإطلاق الاستثناء عليه مجاز، ثم الاستثناء على ضربين: ضرب يرفع العدد لا أصل الطلاق كالاستثناء بإلا أو إحدى أخواتها، وضرب يرفع أصل الطلاق كالتعليق بالمشيئة، وهذا يسمى استثناء شرعياً، لاشتهاره في عرف الشرع. قال بعض المحققين: وسميت كلمة المشيئة استثناء لصرفها الكلام عن الجزاء والثبوت حالاً من حيث التعليق بما لا يعلمه إلا الله. ثم شرع في الضرب مبتدئاً بشروطه، فقال: **(بشرط اتصاله)** أي لفظ المستثنى بالمستثنى منه عرفاً بحيث يعدّ كلاماً واحداً **(ولا يضرّ)** في الاتصال **(سكتة تنفس وعيّ)** أو تذكر أو انقطاع صوت؛ لأن ذلك لا يعدّ فاصلاً بخلاف الكلام الأجنبي ولو يسيراً، والاتصال

قُلْتُ: وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَنْوِيَ الاسْتِثْنَاءَ قَبْلَ فَرَاغِ الْيَمِينِ فِي الأَصَحِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ، وَيُشْتَرَطُ عَدَمُ اسْتِغْرَاقِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً فَوَاحِدَةٌ، وَقِيلَ ثَلَاثٌ، أَوْ اثْنَتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً فَثَلَاثٌ، وَقِيلَ ثِنْتَانِ

هنا أبلغ من الاتصال بين الإيجاب والقبول في البيع ونحوه، إذ يحتمل بين كلام اثنين ما لا يحتمل بين كلام واحد (**قلت: ويشترط أن ينوي الاستثناء**) فلا يكفي التلفظ به من غير نيّة، ولا بد أن ينوي (**قبل فراغ اليمين**) لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها، وهذا صادق بأن ينويه أوّلها أو آخرها أو ما بينهما (**في الأصح، والله أعلم**) فلا يشترط من أوّله ولا يكفي بعد الفراغ، والثاني يكفي بعده، وردَ بأنه لو كفى لزم عليه رفع الطلاق بعد وقوعه، ويشترط أيضاً التلفظ بالاستثناء إسماع نفسه عند اعتدال سمعه، فلا يكفي أن ينويه بقلبه ولا أن يتلفظ به من غير أن يسمع نفسه فإن ذلك لا يؤثر ظاهراً قطعاً ولا يدين على المشهور (**ويشترط**) أيضاً(**عدم استغراقه**) المستثنى منه، فالمستغرق باطل بالإجماع كما قاله الإمام والآمدي، فلو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً لم يصحّ الاستثناء وطلقت ثلاثاً.

تنبيه: أشعر كلامه بصحة استثناء الأكثر: كقوله: أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين، وهو كذلك، ولا يرد على بطلان المستغرق صحة نحو أنت طالق إن شاء الله حيث رفعت المشيئة جميع ما أوقعه الحالف، وهو في معنى المستغرق لأن هذا خرج بالنصّ فيبقى غيره على الأصل، ويصح تقديم المستثنى منه كأنت إلا واحدة طالق ثلاثاً، ولا يجمع المعطوف والمعطوف عليه في المستثنى منه لإسقاط الاستغراق، ولا في المستثنى لإثباته ولا فيهما كذلك (و)على هذا (**لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين وواحدة فواحدة**) تقع ويلغو ما حصل به الاستغراق، وهو واحدة المعطوفة على ثنتين لحصول الاستغراق بها بناء على عدم جمع العدد المعطوف بعضه على بعض (**وقيل**): يقع (**ثلاث**) بناء على جمع المستثني فيكون مستغرقاً فيبطل الاستثناء (**أو**) أنت طالق (**اثنتين وواحدة إلا واحدة فثلاث**) تقع ويلغو استثناء الواحدة من الواحدة لاستغراقه (**وقيل ثنتان**) بناء على جمع المستثنى منه، فتكون الواحدة مستثنى من الثلاث.

تنبيه: تعرض المصنف بالمثال الأول لعدم العطف في المستثنى، وبالمثال الثاني لعدم العطف في المستثنى منه، وسكت عن عدم العطف في المستثنى والمستثنى منه معاً كأنت طالق طلقة وطلقة إلا طلقة وطلقة فيقع ثنتان على الأصح فلو قال: وما فرّق لا يجمع كان أعمّ لشموله ذلك، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة طلقت واحدة لجواز الجمع هنا، إذ لا استغراق، هذا إن اتفقت حروف العطف، فإن اختلفت كأنت طالق واحدة ثم واحدة بل واحدة لا واحدة وقع ثلاث جزماً لأنه استثنى واحدة من واحدة، وهو مستغرق فلا يجمع، وإن قيل بالجمع في غير هذه لتغاير الألفاظ كما لو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة، لأنه على الوجه المرجوح استثنى ثلاثة من ثلاثة ولو قال: أنت طالق واحدة

وَهُوَ مِنْ نَفْيٍ إِثْبَاتٌ وَعكْسُهُ، فَلَوْ قَالَ ثَلاَثاً إِلاَّ ثِنْتَيْنِ إِلاَّ طَلْقَةً فَثِنْتَانِ، أَوْ ثَلاَثاً إِلاَّ ثَلاَثاً إِلاَّ اثْنَتَيْنِ فَثِنْتَانِ، وَقِيلَ ثَلاَثٌ، وَقِيلَ طَلْقَةٌ، أَوْ خَمْساً إِلاَّ ثَلاَثاً فَثِنْتَانِ، وَقِيلَ ثَلاَثٌ أَوْ ثَلاَثاً إِلاَّ نِصْفَ طَلْقَةٍ فَثَلاَثٌ عَلَى الصَّحِيحِ،

وواحدة وواحدة إلا واحدة وقع ثلاث للاستغراق باستثناء الواحدة مما قبلها **(وهو)** أي الاستثناء **(من نفي إثبات وعكسه)** أي من إثبات نفي **(فلو قال)**: أنت طالق **(ثلاثاً إلا ثنتين إلا طلقة فثنتان)** لأن المستثنى الثاني مستثنى من الأوّل فيكون المستثنى في الحقيقة واحدة **(أو ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين فثنتان)** لما ذكر **(وقيل: ثلاث)** لأن الاستثناء الأول مستغرق فيلغو، والثاني: مرتب عليه فيلغو أيضاً **(وقيل: طلقة)** لأن الاستثناء الثاني صحيح فيعود إلى أوّل الكلام، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا ثنتين إلا واحدة وقع واحدة، إذ المعنى إلا ثلاثاً لا تقع إلا ثنتين عن الاستغراق فكأنّه استثنى طلقتين من ثلاث؛ لأنه استثنى منها ثلاثاً إلا واحدة؛ وثلاث إلا واحدة ثنتان، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين إلا ثنتين وقع طلقة إلغاء للاستثناء الثاني فقط لحصول الاستغراق به، ولو قال: أنت طالق ثنتين إلا واحدة إلا واحدة وقع واحدة لما مرّ من إلغاء الاستثناء الثاني، وقيل: ثنتان لما مرّ أيضاً من الاستثناء من الإثبات نفي وبالعكس، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً ثلاثاً إلا ثنتين إلا واحدة وقع واحدة، إذ المعنى إلا ثلاثاً لا تقع إلا ثنتين تقعان إلا واحدة لا تقع فيبقى واحدة واقعة. واعلم أن الاستثناء يعتبر من الملفوظ على الأصح، وقيل: من المملوك؛ وفرّع المصنف عليه قوله **(أو)** أنت طالق **(خمساً إلا ثلاثاً فثنتان)** يقعان بناء على الأصح من أن الاستثناء ينصرف إلى الملفوظ به، لأنه لفظ فيتبع فيه موجب اللفظ **(وقيل ثلاث)** بناء على مقابل الأصح من أن الاستثناء ينصرف إلى المملوك؛ لأن الزيادة عليه لغو فلا عبرة بها. واعلم أن ما تقدّم كان في استثناء طلقة فأكثر، ثم أشار إلى استثناء بعضها بقوله **(أو)** أنت طالق **(ثلاثاً إلا نصف طلقة فثلاث)** تقع **(على الصحيح)** لأنه إذا استثنى بعض طلقة بقي بعضها، ومتى بقي كملت. والثاني: يقع ثنتان ويجعل استثناء النصف كاستثناء الكل، وردّ بأن التكميل إنما يكون في طرف الإيقاع تغليباً للتحريم.

تنبيه: صوّر المصنف الاستثناء بنصف طلقة يخرج ما لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصفاً فإنه يراجع كما في الروضة عن البوشنجي، فإن قال: أردت نصفها فثنتان أو نصف طلقة فثلاث على الأصح، وإن أطلق حمل على نصف الجميع. قال الزركشي ولو قال: أنت طالق طلقة ونصفاً إلا طلقة ونصفاً. قال بعض فقهاء العصر: القياس وقوع طلقة اهـ. وكأن وجهه أنه وقع عليه بقوله: طلقة ونصفاً طلقتان. واستثنى من ذلك طلقة ونصفاً فبقي نصف طلقة فتكمل، وهذا مردود؛ لأن الاستثناء مما أوقع لا مما وقع، وأيضاً لا يجمع بين المتعاطفات كما مرّ، فقوله: طلقة ونصفاً إلا طلقة ونصفاً يرجع الاستثناء للأخير، وهو النصف فهو مستغرق فيلغو ويقع طلقتان.

(فروع) لو قال: أنت بائن إلا بائناً أو إلاّ طالقاً ونوى بأنت بائن الثلاث وقع طلقتان

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ إِنْ لَمْ يَشَإِ اللَّهُ وَقَصَدَ التَّعْلِيقَ لَمْ يَقَعْ، وَكَذَا يَمْنَعُ انْعِقَادَ تَعْلِيقٍ وَعِتْقٍ وَ

اعتباراً بنيته فهو كما لو تلفظ بالثلاث واستثنى واحدة. قال الرافعي: وفي معناه ما لو قال: أنت طالق إلا طالقاً ونوى بأنت طالق الثلاث، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أقله ولا نية له وقع ثلاث قاله في الاستقصاء؛ لأن أقلّ الطلاق بعض طلقة فتبقى طلقتان والبعض الباقي فيكمل، لكن السابق إلى الفهم أن أقله طلقة فتطلق طلقتين، وهذا أوجه، ولو قال: أنت طالق أولا أو أنت طالق واحدة أولا بإسكان الواو فيهما لم يقع به شيء لأنه استفهام لا إيقاع، فكان كقوله هل أنت طالق إلا أن يريد بقوله أنت طالق إنشاء الطلاق فتطلق، ولا يؤثر قوله بعده أولا، فإن شدّد الواو وهو يعرف العربية طلقت؛ لأن معناه أنت طالق في أول الطلاق، ولو قال: أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو أنت طالق لا طلقت طلقة لأنه أوقع الطلاق وأراد رفعه بالكلية، والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه، وقولنا بالكلية احتراز من قوله: أنت طالق إن دخلت الدار فإنه رفعه، في الحال لا بالكلية، ولو قال لزوجاته الأربع: أربعكنّ طوالق إلا فلانة أو إلا واحدة طلقن جميعاً، ولم يصح الاستثناء لأن الأربع ليست صيغة عموم، وإنما هي اسم خاصّ فقوله إلا فلانة رفع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها، فهو كقوله: أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك. فإن قيل: قضية هذا التعليل أنه لا يصح الاستثناء من الأعداد في الإقرار، وليس كذلك، بل يصح منها وإن صرح باسم العدد كقوله: هذه الأربعة لك إلا واحداً منها كما صرّح به صاحب التنبيه وغيره في باب الإقرار. أجيب بأن الإنشاء أقوى من الإخبار، وهذا بخلاف أربعتكنّ إلا فلانة طوالق فيصح الاستثناء؛ لأن الإخراج في هذه وقع قبل الحكم فلا تناقض بخلاف الأولى، وهذا ما جرى عليه ابن المقري، وهو المعتمد وإن نظر فيه الإسنوي بأنه لا فرق بين تقدّم المستثنى وتأخره. ثم شرع في الضرب الثاني من الاستثناء، وهو التعليق بالمشيئة، فقال **(ولو قال: أنت طالق إن شاء الله)** طلاقك **(أو)** أنت طالق **(إن لم يشأ الله)** طلاقك **(وقصد التعليق)** بالمشيئة في الأوّل وبعدمها في الثاني قبل فراغ الطلاق **(لم يقع)** أي الطلاق؛ لأن المعلق عليه من مشيئة الله أو عدمها غير معلوم، ولأن الوقوع بخلاف مشيئة الله تعالى محال، فإن لم يقصد بالمشيئة التعليق بأن سبقت إلى لسانه لتعوّده بها كما هو الأدب أو قصدها بعد الفراغ من الطلاق أو قصد بها التبرّك أو أن كل شيء بمشيئة الله تعالى أو لم يعلم هل قصد التعليق أو لا وقع، وكذا لو أطلق كما هو مقتضى كلامهم، وليس هذا كالاستثناء المستغرق؛ لأن ذلك كلام متناقض غير منتظم، والتعليق بالمشيئة منتظم وأنه يقع معه الطلاق وقد لا يقع كما تقرّر، وكالتعليق بالمشيئة سائر التعليقات في اعتبار اللفظ واقتران القصد **(وكذا يمنع)** التعليق بالمشيئة انعقاد نية وضوء وصلاة وصوم وغيرها عند قصد التعليق و **(انعقاد تعليق)** كأنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله؛ لأن التعليق بالمشيئة يمنع الطلاق المنجر فالمعلق أولى **(و)** انعقاد **(عتق)** منجز أو معلق كأنت حرّ إن شاء الله أو أنت حر إن دخلت الدار إن شاء الله **(و)**

يَمِينٍ وَنَذْرٍ وَكُلِّ تَصَرُّفٍ، وَلَوْ قَالَ يَا طَالِقُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَقَعَ فِي الأَصَحِّ، أَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللهُ تَعَالَى فَلا فِي الأَصَحِّ.

انعقاد (يمين) كقوله: والله لأفعلنّ كذا إن شاء الله (و) انعقاد (نذر) كالله عليّ أن أتصدّق بكذا إن شاء الله (و) انعقاد (كل تصرف) غير ما ذكر مما حقه الجزم كبيع وإقرار وإجارة.

تنبيه: تقديم التعليق على المعلق به كتأخيره عنها، كقوله: إن شاء الله أنت طالق، ولو فتح همزة أن أو أبدلها بإذ، أو ما: كقوله أنت طالق أن شاء الله بفتح الهمزة، أو إذ شاء الله طلقت في الحال طلقة واحدة؛ لأن الأولين للتعليل، والواحدة هي اليقين في الثالث، وسواء في الأوّل النحوي وغيره كما صرّح في الرّوضة بتصحيحه هنا (ولو قال: يا طالق إن شاء الله) أو أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله (وقع) طلقة (في الأصح) نظراً لصورة النداء المشعر بحصول الطلاق حالته، والحاصل لا يعلق، بخلاف أنت طالق فإنه كما قال الرافعي قد يستعمل عند القرب منه وتوقع الحصول كما يقال للقريب من الوصول أنت واصل، وللمريض المتوقع شفاؤه قريباً أنت صحيح فينتظم الاستثناء في مثله، ومثل ذلك ما لو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله فإنها لا تطلق لرجوع الاستثناء إلى الطلاق خاصة، ويحدّ بقوله: يا زانية، ولا يضرّ تخلل يا طالق في الأول، ولا يا زانية في الثاني؛ لأنه ليس أجنبياً عن المخاطبة فأشبه قوله أنت طالق ثلاثاً يا حفصة إن شاء الله، ولو قال: أنت طالق إن شاء الله قاصداً التوكيد لم تطلق كما لو قال: أنت طالق إن شاء الله (أو قال: أنت طالق إلا أن يشاء الله تعالى) طلاقك (فلا) يقع (في الأصح) لأن معناه إلا أن يشاء الله عدم تطليقك فلا يقع شيء؛ لأن المشيئة لا إطلاع لنا عليها، والثاني: يقع؛ لأنه أوقعه وجعل المخلص عنه المشيئة، وهي غير معلومة فلا يحصل الخلاص.

تتمة: لو قال: أنت طالق واحدة وثلاثاً أو ثنتين إن شاء الله طلقت واحدة لاختصاص التعليق بالمشيئة بالأخير كما في الاستثناء المستغرق كما مرّ، وقوله: أنت طالق ثلاثاً وواحدة إن شاء الله يقع ثلاثاً كذلك، ولو قال: أنت طالق واحدة ثلاثاً أو ثلاثاً ثلاثاً إن شاء الله لم تطلق لعود المشيئة إلى الجميع لحذف العاطف، ولو قال: حفصة طالق وعمرة طالق إن شاء الله ولم ينوعود الاستثناء إلى كل من المتعاطفين طلقت حفصة دون عمرة لما مرّ، بخلاف قوله حفصة وعمرة طالقان إن شاء الله لا تطلق واحدة منهما، ولو قال: أنت طالق إن شاء زيد فمات زيد أو جنّ قبل المشيئة لم تطلق لعدم المشيئة، وإن خرس فأشار طلقت؛ لأنه عند بيان المشيئة من أهل الإشارة والاعتبار بحال البيان، ولهذا لو كان عند التعليق أخرس، ثم نطق كانت مشيئته بالنطق، ولو علق بمشيئة الملائكة لم تطلق، إذ لهم مشيئة ولم يعلم حصولها، وكذا إن علق بمشيئة بهيمة لأنه تعليق بمستحيل، ولو قال: أنت طالق إن لم يشأ زيد، ولم توجد المشيئة في الحياة طلقت قبيل الموت أوقبيل جنون اتصل بالموت لتحقق عدم المشيئة حينئذٍ، وإن مات زيد وشك في مشيئته لم تطلق للشك في الصفة الموجبة للطلاق، ولو قال: أنت طالق إن لم يشأ زيد اليوم

[فصل]

شَكَّ فِي طَلَاقٍ فَلا، أَوْ فِي عَدَدٍ فَالأَقَلُّ، ولاَ يَخْفَى الـوَرَعُ، وَلَوْ قَـالَ إِنْ كَانَ ذَا الطَّائِرُ غُرَاباً فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَالَ آخَرُ إِنْ لَمْ يَكُنْهُ فَامْـرَأَتِي طَالِقٌ وَجُهِـلَ لَمْ يُحْكَمْ بِطَلَاقِ أَحَـدٍ، فَإِنْ قَـالَهُمَا رَجُـلٌ لِزَوْجَتَيْهِ طُلِّقَتْ إِحْدَاهُمَـا وَلَـزِمَـهُ البَحْثُ وَالْبَيَـانُ،

ولم يشأ فيه طلقت قبيل الغروب، لأن اليوم هنا كالعمر فيما مرّ.

(فصل) في الشك في الطلاق

وهـو كما سيـأتي على ثلاثـة أقسام: شـك في أصله، وشك في عـدده، وشك في محله وهذا كمن طلق معينة ثم نسيها، إذا (شك) أي تردد برجحان أو غيره (في) وقوع (طلاق) منه أو في وجود الصفة المعلق بها، كقوله: إن كان هذا الطائر غراباً فأنت طالق وشك هـل كان غـراباً أولا (فلا) نحكم بوقوعه. قال المحاملي بالإجماع، لأن الأصل عدم الطلاق وبقاء النكاح (أو) لم يشـك في طلاق بـل تحقق وقوعـه، ولكن شك (في عـدد) منـه، هـل طلق طلقـة أو أكثر؟ (فالأقلّ) يأخذ به (ولا يخفى الورع) في الصورتين وهو الأخذ بالأسوأ لخبر «دَعْ مَا يُرِيبُـكَ إِلَى مَـا لَا يُرِيبُـكَ» رواه الترمـذي وصححه، ففي الأولى يـراجع إن كـان له الـرجعـة، وإلا فيجـدد نكاحها إن كان له فيهَا رغبة، وإلا فلينجز طلاقها لتحلّ لغيره يقيناً، وفي الثـانية إن شـك في أنه طلق ثلاثاً أم ثنتين لم ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره، ولو شك هل طلق ثلاثاً أو لم يطلق شيئاً طلقها ثلاثاً، قال الرافعي: لتحلّ لغيره يقيناً اهـ. وهذا ليس بظاهر فإنها تحل لغيره يقيناً في الصورة الثانية بأيّ شيء أوقعه ولو طلقة، نعم فائدة إيقاع الثلاث أنه لو تزوجها بعد دخول الثاني بها وتطليقه إياها عليهـا الثلاث بيقين (ولـو) علق اثنان بنقيضين كـأن (قال: إن كان ذا الطائر غراباً) مثلاً (فأنت طالق. وقال آخر إن لم يكنه فـامرأتي طـالق وجهل) الحال في الطائر (لم يحكم بطـلاق أحـد) لأنه لـو انفرد أحـدهما بمـا قال لم يحكم بـوقوع طلاقه لجواز أنه غير غراب، والأصل بقاء النكاح فتعليق الآخر لا يغير حكمه.

تنبيه: مشى المصنف في نكته على اختيار شيخه ابن مالك في اتصال الضمير الواقع خبر كان، ولكن جمهور النحاة على الانفصال (فإن قالهما رجل لزوجتيه طلقت إحداهما) لا بعينهـا لوجود إحدى الصفتين، لأنه لا بـدّ فيه من أحـد الوصفين، إذ ليس بين النفي والإثبـات واسطة (ولـزمه) مـع الاعتزال عنهمـا إلى تبين الحال لاشتباه المباحـة بغيـرهـا (البحث) عن الـطائـر (والبيان) لزوجته إن أمكن واتضح له حال الطائر ليعلم المطلقة دون غيرها، فـإن طار ولم يعلم حاله لم يلزمه بحث ولا بيان.

تنبيه: هذا في الطلاق البائن، وفي الرجعية إذا انقضت عدّتها لما سيأتي من عدم وجوب

وَلَـوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا بِعَيْنِهَا ثُمَّ جَهِلَهَا وُقِفَ حَتَّى يَذَّكَّرَ، وَلَا يُطَالَبُ بِبَيَانٍ إِنْ صَدَّقَتَاهُ فِي الجَهْـلِ ،وَلَوْ قَالَ لَهَا وَلِأَجْنَبِيَّةٍ إِحْدَاكُمَا طَـالِقٌ وَقَالَ قَصَـدْتُ الأَجْنَبِيَّةَ قُبِـلَ فِي الأَصَحِّ، وَلَـوْ قَالَ زَيْنَبُ طَالِقٌ،

البيان فيما لو طلق إحدى زوجتيه طلاقاً رجعياً، لأن الرجعية زوجة(**ولو طلق إحداهما بعينها**) كأن خاطبها بطلاق وحدها، أو نواها بقوله أحداكما طالق (**ثم جهلها**) بعد ذلك بنسيان ونحوه (**وقف**) وجوباً أمره عنهما من قربان وغيره (**حتى يذكر**) بتشديد الذال المعجمة كما ضبطه بعضهم، أي يتذكرالمطلقة بأن يعرفها، والجهل المقارن للطلاق كما لو طلق في ظلمة كذلك.

تنبيه: لو عبر بدل ثم بالواو كان أعمّ (**ولا يطالب**) الزوج (**ببيان**) للمطلقة (**إن صدّقتاه**) أي الزوجتان (**في الجهل**) بها لأن الحق لهما، فإن كذبتاه وبادرت واحدة وقالت: أنا المطلقة لم يقنع منه بقوله: نسيت أو لا أدري، وإن كان قوله محتملاً بل يطالب بيمين جازمة أنه لم يطلقها، فإن نكل حلفت وقضى بطلاقها. قال الأذرعي: ولو ادّعت كل منهما أو إحداهما أنه يعلم التي عناها بالطلاق ، وسألت تحليفه أنه لا يعلم ذلك ولم تقل في الدعوى أنه يعلم المطلقة، فالوجه قبول هذه الدعوى وتحليفه على ذلك (**ولو قال لها**) أي لزوجته (**ولأجنبية إحداكما طالق وقال: قصدت**) بالطلاق (**الأجنبية قبل**) قوله بيمينه (**في الأصح**) وعبر في الروضة بالصحيح المنصوص؛ لأن لكلمة متردّدة بينهما محتملة لهذه ولهذه، فإذا قال: عينتها صار كما لو قال للأجنبية: أنت طالق، والثاني: لا يقبل وتطلق زوجته، لأنها محل الطلاق فلا ينصرف عنها إلى الأجنبيه بالقصد.

تنبيه: أفهم قوله قصدت الأجنبية أنه إذا لم يكن له قصد تطلق زوجته، وهو ما في الرّوضة وأصلها عن فتاوى البغوي وأقرّاه. قال في المهمات: ويتجه أن محل ما قاله البغوي فيما إذا لم يصدر على الأجنبية طلاق منه أو من غيره، فإن كان وقع عليها ذلك لم يحكم بطلاق زوجته بما وقع منه؛ لأن الكلام الذي صدر منه صادق عليهما صدقاً واحداً والأصل بقاء الزوجية، ويؤيده ما ذكره الرافعي في باب العتق، أنه إذا أعتق عبداً، ثم قال له ولعبد آخر: أحدكما حرّ لم يقتض ذلك عتق الآخر ا هـ واحترز بقوله: ولأجنبية عما لو قال لزوجته ولرجل أو دابة. وقال: أردت الرجل أو الدابة فإنه لا يقبل؛ لأن ذلك ليس محلاً للطلاق، وأمته مع زوجته وفاسدة النكاح مع صحيحته كالأجنبية مع الزوجة.

فروع: لو قال: ان فعلت كذا فإحداكما طالق، ثم فعله بعد موت إحداهما وقع الطلاق على الباقية لتعين المحل لها. ولو قال لعبديه: أحدكما حرّ فمات أحدهما تعين العتق في الحي؛ لأن العتق ثبت في الذمة بخلاف الطلاق، ولو قال لأم زوجته: ابنتك طالق لم تطلق زوجته إن لم ينو طلاقها بناء على الأصح من أن المتكلم لا يدخل في عموم كلامه كما عليه أكثر المتقدّمين خلافاً لما في المهمات (**ولو**) كان اسم زوجته زينب و(**قال زينب طالق**) ولم

وَقالَ قَصَدْتُ أَجْنَبِيَّةً فَلاَ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتَيْهِ إِحْدَاكُمَا طَـالِقٌ وَقَصَدَ مُعَيَّنَةً طُلِّقَتْ ، وَإِلَّا فَـإِحْدَاهُمَـا ، وَيَلْزَمُهُ البَيَـانُ في الحَالَـةِ الأُولَى ، وَالتَّعْيينُ في الثَّانِيَةِ ، وَتُعْزَلاَنِ عَنْهُ إِلَى البَيَـانِ أَوِ التَّعْيِين ، وَعَلَيْهِ البِـدَارُ بِهِمَا ، وَنَفَقَتُهُمَا في الحَـالِ ،

يرفع في نسبها ما تتميز به **(وقال)** لم أقصد زوجتي بل **(قصدت أجنبية)** اسمها زينب **(فلا)** يقبل ظاهراً **(على الصحيح)** لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، كما لو كان له زوجة قبلها واسمها زينب وطلقها أو ماتت. وقال أردتها. والثاني : يقبل بيمينه لاحتمال اللفظ لذلك كما في الصورة التي قبلها، وفرق الأوّل بينهما بأن قوله : إحداكما يتناولهما تناولاً واحداً ولم يوجد منه تصريح باسم زوجته ولا وصف لها ولا إشارة بالطلاق، وهنا صرّح باسمها، والظاهر أنه إن إرادها فلذلك لم يقبل قوله ، فلو نكح امرأة نكاحاً صحيحاً وأخرى نكاحاً فاسداً وكل منهما اسمها زينب وقال : زينب طالق ، وقال : أردت فاسدة النكاح قبل كما هو ظاهر كلام ابن المقري ، لكن ينبغي أن يكون محله إذا لم يعلم فساد نكاحها وإلا فهي أجنبية فلا يقبل منه ظاهراً ويدين **(ولو قال لزوجته : إحداكما طالق وقصد معينة)** منهما **(طلقت)** لأن اللفظ صالح لكل منهما ،فإذا صرفه بالنية إلى واحدة انصرف وصار اللفظ كالنص في التعيين **(وإلا)** بأن لم يقصد معينة بل أطلق أو قصد واحدة لا بعينها أو قصدهما كما قاله الإمام **(فإحداهما)** أي زوجتيه تطلق، ولا يدري الآن من هي **(ويلزمه)** بعد طلب الزوجتين : كما قاله ابن الرفعة أو إحداهما كما قاله غيره **(البيان)** للمطلقة **(في الحالة الأولى)** وهي قصد واحدة معينة **(والتعيين)** فوراً **(في)** الحالة **(الثانية)** وهي قصد واحدة مبهمة لتعلم المطلقة منهما فيترتب عليها أحكام الفراق **(وتعزلان)** بمثناة فوقية بخطه فالضمير لزوجتيه، ويستمر انعزالهما **(عنه إلى البيان)** في الحالة الأولى **(أو التعيين)** في الحالة الثانية لاختلاط المحظور بالمباح **(وعليه البدار بهما)** أي البيان والتعيين لرفعه حبسه عمن زال ملكه عنها، فلو أخر بلا عذر عصى وعزر. قال الاسنوي : وقضية ذلك أنه لو استمهل لم يمهل، وقال ابن الرفعة : يمهل، ويمكن حمل الأوّل على ما إذا عين ولم يدّع نسياناً، إذ لا وجه للإمهال حينئذٍ والثاني على ما إذا أبهم أو عين وادّعى أنه نسي .

تنبيه : محل هذا في الطلاق البائن، أما الرجعي فلا يلزمه فيه بيان ولا تعيين في الحال على الأصح في أصل الروضة والشرح الصغير لأنها زوجة، ويؤخذ من هذا أنها لو انقضت عدّتها لزمه في الحال لحصول البينونة وانتفاء الزوجية كما قاله الإسنوي، أما إذا لم تطلب الزوجتان ولا إحداهما فلا وجه لإيجابه قبل الطلب لأنه محض حق الزوجين، وحق الله تعالى فيه الانعزال وقد أوجبناه **(و)** **(عليه أيضاً)** **(نفقتهما في الحال)** إلى البيان أو التعيين لحبسهما عنده حبس الزوجات، وسواء أقصر في تأخير ذلك أم لا كأن كان جاهلاً أو ناسياً، لأنه ورّط نفسه ولا يرد المصروف إلى المطلقة إذا بين أو عين. قال الإمام : وهو من النوادر فإنها نفقة لبائن .

وَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ، وَقِيلَ إِنْ لَمْ يُعَيِّنْ، فَعِنْدَ التَّعْيِينِ، وَالوَطْءُ لَيْسَ بَيَاناً وَلَا تَعْيِيناً، وَقِيلَ تَعْيِينٌ، وَلَوْ قَالَ مُشِيراً إِلَى وَاحِدَةٍ: هٰذِهِ المُطَلَّقَةُ فَبَيَانٌ، أَوْ أَرَدْتُ هٰذِهِ وَهٰذِهِ أَوْ هٰذِهِ بَلْ هٰذِهِ حُكِمَ بِطَلَاقِهِمَا،

تنبيه: قوله في الحال تبع فيه المحرّر ولم تذكره الروضة وأصلها. قال ابن النقيب: ولم أفهم ما أراد به. وقال غيره: أشار به إلى أن النفقة لا تؤخر إلى البيان أو التعيين **(ويقع الطلاق)** في المعينة المبينة **(باللفظ)** جزماً، وفي المبهمة على الأصح؛ لأنه جزم به ونجزه فلا يجوز تأخيره إلا أن محله غير مبين، أو غير معين فيؤمر بالتبيين أو التعيين، لكن عدّة المعين من اللفظ، والمبهم من التعيين لتعيين المحل في الأولى دون الثانية، ويجوز أن تتأخر العدّة عن وقت الحكم بالطلاق كما تجب في النكاح الفاسد بالوطء وتحسب من التفريق **(وقيل: إن لم يعين)** المبهمة المطلقة ثم عينها **(فعند التعيين)** يقع الطلاق؛ لأنه لو وقع قبله لوقع لا في محل، والطلاق شيء معين فلا يقع إلا في محل معين، وردّ هذا بأنه ممنوع منهما إلى التعيين كما مر، فلولا وقوع الطلاق قبله لم يمنع منهما **(والوطء)** لإحداهما **(ليس بياناً)** في الحالة الأولى أن المطلقة الأخرى **(ولا تعييناً)** في الحالة الثانية لغير الموطوءة لاحتمال أن يطأ المطلقة، ولأن ملك النكاح لا يحصل بالفعل ابتداء فلا يتدارك به ولذلك لا تحصل الرجعة بالوطء **(وقيل)** الوطء **(تعيين)** للطلاق في غير الموطوءة، وعليه الأكثرون، وقال في التنبيه: إنه ظاهر المذهب فلا يمنع من وطء أيتهما شاء والمعتمد الأوّل، وعليه فيطالب بالبيان والتعيين، فإن بين الطلاق في الموطوءة وكان الطلاق بائناً لزمه الحدّ لاعترافه بوطء أجنبية بلا شبهة، ولها المهر لجهلها بأنها المطلقة، بخلاف الرجعية لا حدّ بوطئه لها وإن بين في غير الموطوءة قبل، فإن ادّعت الموطوءة أنه نواها ونكل حلفت ولزمه لهما المهر، ولا حدّ للشبهة، لأن الطلاق ثبت بظاهر اليمين، وله أن يعين للطلاق غير الموطوءة، وعليه مهرها لما مرّ، وقضية كلام الروض وأصله أنه لا حدّ عليه وإن كان الطلاق بائناً وهو المعتمد وإن جزم في الأنوار بأنه يحدّ كما في الأولى للاختلاف في وقت الطلاق، وله أن يعينه للموطوءة **(ولو قال)** فيما إذا طلب منه بيان مطلقة معينة نواها **(مشيراً إلى واحدة)** منهما **(هذه المطلقة فبيان)** لها، لأنه إخبار عن الإرادة السابقة المعلقة بمحل معين، أو هذه الزوجة، أو لم أطلق هذه، فبيان أن غيرها المطلقة **(أو)** قال مشيراً لكل منهما **(أردت هذه وهذه)** أو هذه هذه، أو هذه مع هذه **(أو هذه بل هذه حكم بطلاقهما)** ظاهراً لإقراره به بما قاله؛ لأنه أقرّ بطلاق الأولى ثم رجع وأقرّ بطلاق الثانية فلم يقبل رجوعه عنه وقبل إقراره بطلاق الثانية؛ لأنه أقرّ بحق غيره عليه. أما في الباطن فالمطلقة من نواها فقط كما قاله الإمام. قال: فإن نواهما جميعاً فالوجه أنهما لا يطلقان، إذ لا وجه لحمل إحداهما عليهما جميعاً.

تنبيه: تمثيل المصنف العطف بالواو وبل تنبيهاً على أنه لا فرق بين كون العاطف للجمع

وَلَوْ مَاتَتَا أَوْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ بَيَانٍ وَتَعْيِينٍ بَقِيَتْ مُطَالَبَتُهُ لِبَيَانِ الإِرْثِ، وَلَوْ مَاتَ فَالأَظْهَرُ قَبُولُ بَيَانِ وَارِثِهِ لَا تَعْيِينِهِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ غُرَاباً فَامْرَأَتِي طَالِقٌ وَإِلَّا فَعَبْدِي حُرٌّ وَجُهِلَ مُنِعَ مِنْهُمَا

أو للإضراب ولا يسمع منه الإضراب عن الأولى، فإن أتى بثم أو الفاء كهذه ثم هذه أو هذه فهذه حكم بطلاق الأولى فقط لفصل الثانية بالترتيب فلم يبقى لها شيء، ولو قال هذه أو هذه استمرّ الإشكال، أوقال: هذه بعدها هذه، أو هذه قبل هذه، فالمشار إليها أولاً، أو هذه بعد هذه، فالمشار إليها ثانياً هي المطلقة.

تنبيه: قول المصنف حكم بطلاقهما أشار به إلى أن هذا في ظاهر الحكم. أما في الباطن فتطلق المنوية كما مرت الإشارة إليه أيضاً وهذا في الطلاق المعيّن كما مرّت الإشارة إليه أيضاً ويدل عليه قوله فبيان. أما الطلاق المبهم فالمطلقة هي الأولى، سواء أعطف بالواو أم بغيرها؛ لأنه إنشاء اختيار وليس بإخبار وليس له إلا اختيار واحدة فيلغوا ذكر اختيار غيرها **(ولو ماتتا)** أي الزوجتان **(أو إحداهما قبل بيان)** للمعينة **(وتعيين)** للمبهمة والطلاق بائن **(بقيت مطالبته)** أي المطلق بالبيان جرماً، والتعيين على المذهب **(لبيان)** حال **(الإرث)** لأنه قد ثبت إرثه في إحداهما بيقين فيوقف من مال كل منهما، أو الميتة نصيب الزوج حيث لا مانع من الإرث، فإذا بين أو عين لم يرث من المطلقة ويرث من الأخرى، ثم إن نوى معينة فبين في واحدة فلورثة الأخرى تحليفه أنه لم يردّها بالطلاق، فإن نكل حلفوا ولم يرث منها كما لا يرث من الأولى أيضاً إذا كانت ميتة، لأن اليمين المردودة كالإقرار، وإن حلف طالبوه بمهر المثل إن دخل بها وإلا طالبوه بنصفه في أحد وجهين يظهر ترجيحه، لأنه بزعمهم المذكور ينكرون استحقاق النصف، والوجه الآخر يطالبونه بكله لاعترافه أنها زوجته، وإن عين في المبهم فلا اعتراض لورثة الأخرى، وإن كذبه ورثة المطلقة فلهم تحليفه وقد أقرّوا له بإرث لا يدّعيه وادّعوا عليه مهراً استقرّ بالموت إن لم يدخل بها **(ولو مات)** المطلق قبل البيان أو التعيين **(فالأظهر قبول بيان وارثه، لا)** قبول **(تعيينه)** لأن البيان إخبار وقد يقف على مراد مورثه منه أو من غيره، والتعيين اختيار شهوة فلم يخلفه فيه، كما لو أسلم على أكثر من أربعة نسوة ومات قبل الاختيار. والثاني: يقوم مقامه فيهما كما يخلفه في حقوق كالردّ بالعيب واستلحاق النسب. والثالث: المنع فيهما، لأن حقوق النكاح لا تورث.

تنبيه: شمل كلامه ما لو ماتتا قبله أو بعده، أو إحداهما قبله والأخرى بعده، أو لم تمت واحدة منهما، ، أو ماتت إحداهما دون الأخرى، ولو شهد اثنان من ورثة الزوج فلانة قبلت شهادتهما إن مات قبل الزوجتين لعدم التهمة، بخلاف ما لو ماتتا قبله، ولو مات بعدهما فبين الوارث واحدة فلورثة الأخرى تحليفه أنه لا يعلم أن الزوج طلق مورثتهم، ثم شرع في الإبهام بين الطلاق والعتق بقوله **(ولو قال: إن كان)** هذا الطائر **(غراباً فامرأتي طالق وإلا)** بأن لم يكنه **(فعبدي حرّ وجهل)** حال الطائر وصدّقاه أو كذباه وحلف **(منع منهما)** أي من الاستمتاع بالزوجة والاستخدام بالعبد والتصرّف فيه

إِلَى الْبَيَانِ،فَإِنْ مَاتَ لَمْ يُقْبَلْ بَيَانُ الْوَارِثِ عَلَى المَذْهَبِ، بَلْ يُقْرَعُ بَيْنَ الْعَبْدِ وَالمَرْأَةِ، فَإِنْ قَرَعَ عَتَقَ، أَوْ قَرَعَتْ لَمْ تَطَلَّقْ، وَالأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرِقُّ.

[فصل]

الطَّلَاقُ: سُنِّيٌّ وَبِدْعِيٌّ،

لزوال ملكه عن أحدهما، فأشبه طلاق إحدى زوجتيه (**إلى البيان**) لتوقعه وعليه نفقة الزوجة وكذا العبد حيث لا كسب له، ولو اعترف بطلاق الزوجة فإن صدقه العبد فذاك ولا يمين عليه، وإن كذّبه وادعى العتق صدّق السيد بيمينه، فإن نكل حلف العبد وحكم بعتقه والطلاق، وإن اعترف بالعتق وإن صدّقته المرأة فلا يمين، وإن كذبته حلف، فإن نكل حلفت وحكم بطلاقها والعتق (**فإن مات**) قبل بيانه (**لم يقبل بيان الوارث على المذهب**) للتهمة في إخباره بالحنث في الطلاق ليرق العبد ويسقط إرث الزوجة. والطريق الثاني فيه قولا الطلاق المبهم بين الزوجين.

تنبيه: قال السرخسي: محل الخلاف ما إذا قال الوارث: حنث في الزوجة، فإن عكس قبل قطعاً لإضراره بنفسه. قال الرافعي: وهو حسن، زاد في الروضة: قد قال به غير السرخسي وهو متعين. قال البلقيني: ليس ما قاله السرخسي متعيناً فإن القرعة داخلة وللعبد بها حق في العتق وللميت حق في رقه إذا كان عليه دين فيوفي منه فلا يقبل قول الوارث والحال ما ذكر، فإن لم يكن هناك ما يمنع من ذلك تعين ما قاله السرخسي وغيره. ثم فرّع المصنف على المذهب قوله (**بل يقرع بين العبد والمرأة**) فلعل القرعة تخرج على العبد فإنها مؤثرة في العتق دون الطلاق (**فإن قرع**) العبد بأن خرجت القرعة له (**عتق**) من رأس المال إن كان التعليق في الصحة، وإلا فمن الثلث إذ هو فائدة، وترث المرأة إلا إذا ادّعت الحنث فيها والطلاق بائن (**أو قرعت**) أي المرأة بأن خرجت القرعة لها (**لم تطلق**) إذ لا مدخل لها في الطلاق بدليل ما لو طلق إحدى امرأتيه لا تدخل القرعة، بخلاف العتق فإن النص ورد بها فيه، ولكن الورع أن يترك الميراث للورثة (**والأصح أنه**) أي العبد (**لا يرق**) بفتح أوّله وكسر ثانيه بخطه وصحح عليه بل يبقى على إبهامه؛ لأن القرعة لم تؤثر فيما خرجت عليه ففي غيره أولى. والثاني: يرق؛ لأن القرعة تعمل في العتق والرق، فكما يعتق إذا خرجت عليه يرق إذا خرجت على عديله. وأجاب الأوّل بأنها لم تؤثر في عديله فلا تؤثر فيه.

(فصل)

في الطلاق السني وغيره، وفيه اصطلاحان: أحدهما وهو أضبط ينقسم إلى سني وبدعي، وجرى عليه المصنف حيث قال (**الطلاق: سني وبدعي**) وثانيهما، وهو أشهر ينقسم إلى سني وبدعي، ولا ولا، فإن طلاق الصغير والآيسة والمختلعة والتي استبان حملها منه وغير المدخول بها لا سنة فيه ولا بدعة.

وَيَحْرُمُ الْبِدْعِيُّ، وَهُوَ ضَرْبَانِ: طَلَاقٌ في حَيْضِ مَمْسُوسَةٍ، وَقِيلَ إِنْ سَأَلَتْهُ لَمْ يَحْرُمْ،

تنبيه: قسم جمع الطلاق إلى واجب كطلاق المولي وطلاق الحكمين في الشقاق إذا رأياه، ومندوب كطلاق زوجة حالها غير مستقيم كسيئة الخلق، أو كانت غير عفيفة، ومكروه كمستقيمة الحال، وأشار الإمام إلى المباح بطلاق من لا يهواها ولا تسمح نفسه بمؤونتها من غير استمتاع بها، وحرام كطلاق البدعي كما قال (**ويحرم البدعي**) لحصول الضرر به كما سيأتي (**وهو ضربان**) أحدهما (**طلاق**) من شخص (**في حيض ممسوسة**) أي موطوءة ولو في الدبر، ومثلها من استدخلت ماءه المحترم بالأجماع كما نقله الماوردي. قال شيخنا: ولو في عدّة طلاق رجعيّ، وهي تعتدّ بالأقراء، وهذه الغاية إنما تأتي على رأي مرجوح، وهو أن الرجعية تستأنف. أما على المعتمد فلا؛ لأنه لا تطويل عليها، نبه على ذلك البكري في حاشيته، وحرمة هذا لمخالفته لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق ١] أي في الوقت الذي يشرعن فيه في العدّة، وزمن الحيض لا يحسب من العدّة، والمعنى فيه تضرّرها بطول العدّة، فإن بقية الحيض لا تحسب منها، والنفاس كالحيض لشمول المعنى المحرّم له كما في الرّوضة وأصلها هنا وإن خالفا ذلك في باب الحيض.

تنبيه: شمل إطلاقه ما لو ابتدأ طلاقها في حال حيضها ولم يكمله حتى طهرت فيكون بدعياً، وبه صرّح الصيمري، والأوجه أنه ليس ببدّعي لما سيأتي من أنه لو قال: أنت طالق مع أو في آخر حيضك فسنيّ في الأصح لاستعقابه الشروع في العدّة، ويستثنى من الطلاق في الحيض: صور: منها الحامل إذا حاضت فلا يحرم طلاقها كما يأتي؛ لأن عدتها بالوضع، ومنها ما لو كانت الزوجة أمة وقال لها سيدها: إن طلقك الزوج اليوم فأنت حرّة فسألت الزوج الطلاق لأجل العتق فطلقها لم يحرم، فإن داوم الرّق أضرّ بها من تطويل العدّة، وقد لا يسمح به السيد بعد ذلك أو يموت فيدوم أسرها بالرق، قاله الأذرعي بحثاً وهو حسن. ومنها طلاق المتحيرة فليس بسنيّ ولا ببدعيّ. ومنها طلاق الحكمين في صورة الشقاق، ومنها طلاق المولي إذا طولب وإن توقف فيه الرافعي. ومنها ما لو طلقها في الطهر طلقة ثم طلقها في الحيض ثانية، والمراد من الطلاق في الحيض المنجز، فلو علقه بدخول دار مثلاً فليس ببدعيّ، لكن ينظر إلى وقت الدخول، فإن وجد في حال الطهر فسنيّ وإلا فبدعيّ، لكن لا إثم فيه. قال الرافعي: ويمكن أن يقال إن وجدت الصفة باختياره أثم بإيقاعه في الحيض كإنشائه الطلاق فيه. قال الأذرعي: وهو ظاهر لا شك فيه، وليس في كلامهم ما يخالفه (**وقيل إن سألته**) زوجته طلاقها في حيضها (**لم يحرم**) لرضاها بتطويل العدّة، والأصح التحريم لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[الطلاق: ١] ولأنه ﷺ لما أنكر الطلاق في الحيض لم يستفصل، ولو علق الطلاق باختيارها فأتت به في حال الحيض مختارة. قال الأذرعي: فيمكن أن يقال هو كما لو طلقها بسؤالها، أي فيحرم، وهو

وَيَجُوزُ خُلْعُهَا فِيهِ لَا أَجْنَبِيّ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ حَيْضِكِ فَسُنِّيٌّ فِي الأَصَحِّ، أَوْ مَعَ آخِرِ طُهْرٍ لَمْ يَطَأْهَا فِيهِ فَبِدْعِيٌّ عَلَى المَذْهَبِ،وَطَلَاقٌ فِي طُهْرٍ وَطِيءَ فِيهِ مَنْ قَدْ تَحْبَلُ وَلَمْ يَظْهَرْ حَمْلٌ فَلَوْ وَطِيءَ حَائِضاً وَطَهُرَتْ فَطَلَّقَهَا فَبِدْعِيٌّ فِي الأَصَحِّ،

ظاهر (ويجوز خلعها فيه) أي الحيض أو النفاس لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة:٢٢٩] ولحاجتها إلى الخلاص بالمفارقة حيث افتدت بالمال. وليس هذا بسنيّ ولا بدعيّ كما مرّ (لا أجنبي) فلا يجوز خلعه في الحيض أو النفاس (في الأصح) لأنه لم يعلم فيه وجدان حاجتها إلى الخلاص بالمفارقة، ومقابل الأصح احتمال للإمام لا وجه محقق، إلا أن يثبت عمن تقدّم الإمام أنه يجوز، لأن الظاهر أن الإجنبيّ إنما بذل لحاجتها إلى الخلاص.

تنبيه: لو أذنت للأجنبيّ أن يختلعها يظهر أن يقال: إن كان بمالها فكاختلاعها وإلا فهو كاختلاعه (ولو قال: أنت طالق مع) أو في (آخر حيضك فسنيّ في الأصح) لاستعقابه الشروع في العدّة، والثاني: يدعيّ لمصادفته الحيض (أو) أنت طالق (مع) أو في (آخر طهر) عينه (لم يطأها فيه فبدعيّ على المذهب) المنصوص كما في الرّوضة، والمراد به الراجح؛ لأنه لا يستعقب العدّة، والثاني: سنيّ لمصادفته الطهر (و) الضرب الثاني للبدعيّ (طلاق في طهر وطيء فيه) في قبل، وكذا في دبر على الأصح، وفي الروضة أن استدخالها ماءه أي المحترم كالوطء ونائب فاعل وطيء قوله (من قد تحبل) لعدم صغرها ويأسها (و) الحال أنه (لم يظهر حمل) منها لأنه قد يندم لو ظهر حمل، فإن الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل، وعند الندم قد لا يمكنه التدارك فيتضرّر الولد، وخرج بمن قد تحبل الصغيرة والآيسة فإنه لا سنة ولا بدعة في طلاقهما كما مرّ، وبلم يظهر حمل ما لو ظهر وسيذكره، واستدخالها ماءه مع علمه به كما قاله الأذرعي كالوطء لاحتمال حدوث الحمل منه، وكذا الوطء في الدبر على الأصح.

تنبيه: سكت المصنف عن ضرب ثالث للبدعيّ مذكور في الرّوضة، وهو في حق من له زوجتان وقسم لإحداهما ثم طلق الأخرى قبل المبيت عندها، ولو نكح حاملاً من زنا ثم دخل بها ثم طلقها نظر إن لم تحض فبدعيّ؛ لأنها لا تشرع في العدة إلا بعد الوضع والنفاس، وإلا فإن طلقها في الطهر فسنيّ، أو في الحيض فبدعيّ كما يؤخذ من كلامهم. وأما الموطوءة بشبهة إذا حبلت منه ثم طلقها طاهراً فإنه بدعيّ (فلو وطيء حائضاً فطلقها فبدعيّ) أيضاً (في الأصح) لاحتمال علوقها بذلك، والثاني: ليس ببدعيّ؛ لأن بقية الحيض تشعر بالبراءة، ودفع باحتمال أن تكون البقية مما دفعته الطبيعة أوّلاً وهيأته للخروج.

تنبيه: صورة المسألة أن يطلقها قبل أن يمسها في الطهر، وأشار المصنف إلى هذا بفاء

وَيَحِلُّ خُلْعُهَا، وَطَلَاقُ مَنْ ظَهَرَ حَمْلُهَا، وَمَنْ طَلَّقَ بِدْعِيًّا سُنَّ لَهُ الرَّجْعَةُ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ بَعْدَ طُهْرٍ، وَلَوْ قَالَ لِحَائِضٍ أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبُدْعَةِ وَقَعَ فِي الحَالِ أَوْ لِلسُّنَّةِ فَحِينَ تَطْهُرُ،

التعقيب (و) الموطوءة في الطهر **(يحلّ خلعها)** كالحائض على الصحيح، فيستثنى حينئذ من تحريم الطلاق في طهر جامع فيه (و) يحلّ **(طلاق من ظهر حملها)** وإن كانت تحيض؛ لأن بأخذ العوض وظهور الحمل ينعدم احتمال الندم.

تنبيه: قد علم طلاق البدعيّ وطلاق غير البدعيّ والسنيّ. وأما الطلاق السنيّ فهو طلاق مدخول بها في طهر لم يجامعها فيه ولا في حيض قبله، وليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة، وهي تعتدّ بالأقراء، وذلك لاستعقابها الشروع في العدّة **(ومن طلق)** طلاقاً **(بدعياً)** ولم يستوف عدد الطلاق **(سنّ له الرجعة)** ما لم يدخل الطهر. الثاني: إن طلقها في طهر جامعها فيه. أما إذا طلقها في الحيض فإلى آخر الحيضة التي طلقها فيها كما قاله ابن قاضي عجلون في تصحيحه على المنهاج **(ثم)** بعد الرجعة **(إن شاء طلق بعد)** تمام **(طهر)** لخبر الصحيحين «أن ابن عمر رضي الله عنهما طلق زوجته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ فقال: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ثُمَّ لِيُطَلِّقَهَا طاهِراً» أي قبل أن يمسها إن أراد كما صرّح بذلك في بعض رواياتهما.

تنبيه: إنما لم يقل بوجوب الرجعة كمذهب مالك، لأن النبيّ ﷺ لم يأمره، وإنما أمر أباه أن يأمره، والأمر بالأمر بالشيء ليس أمراً بذلك الشيء لقوله ﷺ: «مُرُوهُم بالصَّلَاةِ لِسَبْعِ سِنِينَ» كذا قالوه. فإن قيل: قوله: فليراجعها أمر منه ﷺ. أجيب بأن المراد فليراجعها لأجل أمرك فيكون الوجوب لأجل الوالد، وظاهر كلام المصنف: أن ترك الرّجعة ليس بمكروه، وبه صرّح الإمام. قال في الرّوضة: وفيه نظر، وينبغي كراهته لصحة الخبر فيها ولدفع الإيذاء اهـ. وردّ الاستناد إلى الخبر لأنه لا نهي فيه، وإذا راجع فهل يرتفع الإثم؟ حكى المصنف عن جماعة أن الأثم يرتفع واستظهره، وإذا راجع والبدعة لحيض، فالسنة أن لا يطلقها في الطهر منه لئلا يكون المقصود من الرجعة مجرد الطلاق، وإن كانت البدعة لطهر جامعها فيه أو في حيض قبله ولم يبن حملها ووطىء بعد الرجعة فيه فلا بأس بطلاقها في الطهر الثاني، وإن لم يراجعها بعد الطهر أو راجعها فيه ولم يطأها سنّ له أن يطلقها في الطهر الثاني، لئلا تكون الرجعة للطلاق، وهذا فيمن طلق غير من لم تستوف دورها من القسم، بخلاف من طلق هذه للزوم الرجعة له ليوفها حقها، كذا قيل، وظاهر كلامهم أنه يستحب؛ لأن الرجعة في معنى النكاح وهو لا يجب **(ولو قال: لحائض)** ممسوسة أو نفساء **(أنت طالق للبدعة وقع)** الطلاق **(في الحال)** وإن كانت في ابتداء الحيض لاتصاف طلاقها به **(أو)** قال لحائض لم يطأها في ذلك الحيض أنت طالق **(للسنة فحين)** أي فيقع الطلاق حين **(تطهر)** من الحيض أو النفاس بأن تشرع في الطهر، ولا يتوقف على الاغتسال لوجود الصفة قبله.

أَوْ لِمَنْ في طُهْـرٍ لَمْ تُمَسَّ فِيهِ أَنْتَ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ وَقَعَ فِي الحَالِ، وَإِنْ مُسَّتْ فِيهِ فَحِينَ تَطْهُـرُ بَعْدَ حَيْضٍ، أَوْ لِلْبِـدْعَةِ فَفِي الحَـالِ إِنْ مُسَّتْ فِيهِ،وَإِلاَّ فَحِينَ تَحِيضُ، وَلَـوْ قَالَ أَنْتِ طَـالِقٌ طَلْقَةً حَسَنَـةً أَوْ أَحْسَنَ الطَّلاَقِ أَوْ أَجْمَلَهُ فَكالسُّنَّـةِ، أَوْ طَلْقَةً قَبِيحَـةً أَوْ أَقْبَحَ الـطَّلاَقِ أَوْ أَفْحَشَهُ فَكَـالْبِدْعَـةِ،

تنبيـه: لا بدّ من الانقـطاع من شروعهـا في عدّة المـطلق، فلو وطئهـا في آخـر الحيض واستدام إلى انقطاعه فإنها لا تطلق لاقتران الطهـر بالجمـاع، وكذا لـو لم يستدم كمـا يؤخذ من قـوله: فلو وطيء حـائضاً وطهـرت فطلقهـا فبدعيّ في الأصح وكذا لـو وطئت بشبهـة في دوام زوجيته، وحينئذ لا يقع طلاق فيه لأنه بدعيّ بل يتأخر وقوعه إلى طهر تشرع فيـه في عدّتـه **(أو)** قال **(لمن في طهر لم تمسّ فيه)** بوطء منه وهي مدخـول بها **(أنت طـالق للسنة وقـع في الحال)** لـوجود الصفـة **(وإن مست)** بوطء منـه **(فيه)** ولم يـظهر حملهـا **(فحين تطهـر بعد حيض)** يقـع الطلاق لشروعها حينئذ في حال السنة **(أو)** قال لمن في طهر: أنت طـالق **(للبدعـة ففي الحال)** يقع الطلاق **(إن مست فيه)** أو في حيض قبله ولم يظهر حملها لوجود الصفة **(وإلا)** بأن لم تمسّ في هذا الطهر ولو في حيض قبله وهي مدخول بها **(فحين تحيض)** يقع الطلاق.

تنبيه: قضية كلامه وقوع الطلاق بظهور أوّل الدم، وبه صرح المتولي، فإن انقطع لـدون يـوم وليلة ولم يعد تبين أن طلاقها لم يقـع، وبما تقـرّر علم أنه لـو وطئها بعـد التعليق في ذلك الطهر أنـه يقع الـطلاق لصدق الصفـة، ومعلوم أن هذا فيمن لهـا حالتـا سنة وبـدعة، فلو قـال لصغيرة ممسوسة أو كبيرة غير ممسـوسة وقـع في الحال على الأصح ولغا الـوصف، واللام هنـا للتعليل لا للتأقيت لعدم تعاقب الحالين فيكون كقوله لرضا زيد **(ولو)** وصف الطلاق بصفة مدح كأن **(قال)** لزوجته **(أنت طالق طلقة حسنة أو أحسن الطلاق)** أو أفضله أو أعدله أو أكمله **(أو أجمله)** أو نحو ذلك **(فكالسنة)** أي فكقوله أنت طالق للسنة، فإن كانت في حيض لم يقـع حتى تطهر، أو في طهر لم تمس فيه وقع في الحال، أو مست فيه وقع حين تطهر بعد حيض.

تنبيه: لو نوى بذلك أطلاق البدعة؛ لأنه في حقها أحسن لسوء خلقها، فـإن كان في زمن البدعة قبل؛ لأنه غلظ على نفسه، أو السنة لم يقبل ظاهراً ويدين **(أو)** وصف الـطلاق بصفة ذم كأنت طالق **(طلقة قبيحة أو أقبح الطلاق)** أو أسمجه أو أفضحه أو أفظعه أو أشرّه **(أو أفحشه)** أو نحو ذلك **(فكالبدعة)** أي فكقوله: أنت طالق للبدعة، فإن كانت في حيض أو في طهر مست فيه وقع في الحال وإلا فحين تحيض، ولو نوى بذلك طلاق السنة لقبحه في حقها لحسن خلقهـا، وكانت في زمن البدعة دين ولم يقبل ظاهراً، ولا يخالف هذا مـا لو قـال لذات سنـة وبدعـة في حال البدعة أنت طالق طلاقاً سنياً، أو في حال السنـة أنت طالق طـلاقاً بـدعياً. وقـال: أردت الوقوع في الحال فإنه لم يقع في الحال؛ لأن النية إنما تعمل فيما يحتمل اللفظ صـريحاً، وإذا

أَوْ سُنِّيَّةً بِدْعِيَّةً أَوْ حَسَنَةً قَبِيحَةً وَقَعَ فِي الحَالِ ،

تنافيا لغت النية وعمل باللفظ ، لأن أقوى ، ولو خاطب بقوله للسنة وما ألحق به أو للبدعة وما ألحق به من ليس طلاقها سنياً ولا بدعياً كالحامل والآيسة وقع في الحال ويلغو ذكر السنة والبدعة .

تنبيه : اللام فيما يعهد انتظاره وتكرره للتوقيت كأنت طالق للسنة أو للبدعة ممن لها سنة بدعة ، وفيما لا يعهد انتظاره وتكرره للتعليل كطلقتك برضا زيد أو لقدومه أو للبدعة ، وهي صغيرة أو حامل أو نحوها ممن لا سنة لها ولا بدعة طلقت في الحال وإن لم يرض زيد أو لم يقدم ، وإن نوى بها التعليق لم يقبل ظاهراً ويدين ، ولو قال في الصغيرة ونحوها : أنت طالق لوقت البدعة أو لوقت السنة ونوى التعليق قبل لتصريحه بالوقت وإن لم ينوه وقع الطلاق في الحال كما مرّ .

فروع : لو قال أنت طالق برضا زيد أو بقدومه تعليق كقوله إن رضي أو قدم ، ولو قال لمن لها سنة وبدعة أنت طالق لا لسنة كقوله أنت طالق للبدعة ،وقوله : أنت طالق لا للبدعة كقوله : أنت طالق للسنة ، وقوله سنة الطلاق أو طلقة سنة كقوله للسنة ، وقوله بدعة الطلاق ، أو طلقة بدعية كقوله للبدعة ، ولو قال لمن طلاقها بدعي إن كنت في حال سنة فأنت طالق فلا طلاق ولا تعليق ، ولو قال لها في حال البدعة : أنت طالق طلاقاً سنياً الآن أو في حال السنة أنت طالق طلاقاً بدعياً الآن وقع في الحال للإشارة إلى الوقت ويلغو اللفظ ، ولو قال : أنت طالق للسنة إن قدم فلان وأنت طاهر ، فإن قدم وهي طاهر طلقت للسنة وإلا فلا تطلق : لا في الحال ولا إذا طهرت **(أو)** جمع في الطلاق بين صفتي مدح وذمّ ولم ينو شيئاً كان قال : أنت طالق طلقة **(سنية بدعية أو)** طلقة **(حسنة قبيحة)** وهي ذات أقراء أو أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة **(وقع)** الطلاق **(في الحال)** ويلغو ذكر الصفتين لتضادهما ، فإن فسر كل صفة بمعنى في قول سنية بدعية أو حسنة قبيحة ، فقال : أردت حسنة من حيث الوقت وقبيحة من حيث العدد حتى يقع الطلاق الثلاث قبل ، وأن تأخر الوقوع ؛ لأن ضرر وقوع العدد أكثر من فائدة تأخر الوقوع .

فروع : لو قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً بعضهنّ للسنة وبعضهنّ للبدعة ، فإن كانت ممن لا سنة لها ولا بدعة كالصغيرة طلقت في الحال ثلاثاً كما لو وصفها كلها بالسنة أو البدعة ، وإن كانت ذات أقراء طلقت طلقتين في الحال وطلقة ثالثة في الحال الثاني ؛ لأن التبعيض يقتضي التشطير ، ثم يسري ، فإن قال : أردت إيقاع طلقة في الحال وطلقتين في الحال الثاني صدق بيمينه ، ولو أراد إيقاع بعض كل طلقة في الحال وقع الثلاث في الحال بطريق التكميل ، ولو قال : أنت طالق ثلاثاً بعضهنّ للسنة وسكت وهي في حال السنة أو البدعة وقع في الحال واحدة فقط ؛ لأن البعض ليس عبارة عن النصف ، وإنما حمل فيما مرّ على التشطير لإضافة البعضين إلى الحالين فيسوّى بينهما ، ولو قال : أنت طالق خمساً بعضهنّ للسنة وبعضهن للبدعة طلقت ثلاثاً

وَلَا يَحْرُمُ جَمْـعُ الطَّلَقَـاتِ،

في الحال أخذاً بالتشطير والتكميل، ولـو قال: أنت طـالق طلقتين: طلقة للسنـة وطلقة للبـدعة وقـع طلقة في الحـال وفي المستقبل طلقـة، وإن قال: أنت طـالق طلقتين للسنة والبـدعة وقـع الطلقتان في الحال؛ لأن قوله للسنة والبدعة وصف للطلقتين في الـظاهر فيلغـو للتنافي، ويبقى الطلقتان وقوله لها طلقتك طلاقاً كالثلج أو كالنار يقع في الحـال ويلغو التشبيـه المذكـور خلافـاً لمن قـال: إن قصد التشبيـه بالثلج في البيـاض وبـالنـار في الإضـاءة طلقت في زمن السنـة أو التشبيه بالثلج في البرودة وبالنار في الحرارة والإحراق طلقت في زمن البدعـة (**ولا يحرم جمـع الـطلقات**) لأن عـويمراً العجـلاني لما لاعن امـرأته عنـد رسول الله ﷺ طلقهـا ثـلاثـاً قبـل أن يخبره ﷺ أنها تبين باللعان متفق عليه، فلو كان إيقاع الثلاث حـراماً لنهـاه عن ذلك ليعلمـه هو ومن حضـره، ولأن فـاطمـة بنت قيسٍ شكت للنبي ﷺ أنّ زوجهـا طلقهـا ألبتـة. قـال الشـافعي رضي الله عنه: يعني والله أعلم ثلاثاً ولم نعلم أن النبي ﷺ نهى عن ذلك، وقـد فعله جمع من الصحـابة وأفتى بـه آخرون اهـ. وكمـا لا يحـرم جمعهـا لا يكـره، ولكن يسنّ الاقتصـار على طلقتين في القرء لذات الأقراء، وفي شهر لذات الأشهر ليتمكن من الرجعة أو التجديد إن نـدم فـإن لم يقتصر على ذلـك فليفرق الـطلقات على الأيـام ويفرق على الحـامل طلقـة في الحـال ويراجع، وأخرى بعد النفاس، والثالثـة بعد الـطهر من الحيض، وقيـل: يطلقهـا في كل شهـر طلقة.

تنبيه: أفهم كلام المصنف وقوع الثلاث عند جمعهنّ، وعليه اقتصـر الأئمة، وحكى عن الحجـاج بن أرطاة وطـائفة من الشيعـة والـظاهـريـة أنـه لا يقـع منهـا إلا واحـدة، واختـاره من المتأخرين من لا يعبأ به فأفتى به واقتـدى به من أضله الله تعـالى، واحتجوا بمـا رواه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما: «كـان الطلاق الثـلاث على عهد رسـول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر واحدة، ثم قال عمر: إن الناس قد استعجلوا ما كانوا فيه على أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم» وعلى تقدير صحة هذا الحديث. إجيب عنه بجوابين. أحدهما وهو محكي عن أبي زرعة الرازي: أن معناه أن الطلاق المعتاد في الزمن الأوّل كـان طلقة واحـدة وصار النـاس في زمن عمر رضي الله عنه يوقعون الثلاث دفعـة واحدة فنفذه عليهم» فيكـون إخباراً عن اختـلاف عادة الناس لا عن تغير حكم في مسألة واحدة، ومعناه كان الـطلاق الثلاث الـذي يوقعـونه الآن دفعة إنما كان في الزمن الأوّل يوقعونه واحدة فقط، واعتمـد هذا الشيـخ علاء الـدين النجـاري الحنفي. وقال: إن النصّ مشير إلى هذا من لفظ الاستعجال يعني أنه كان للناس أناة، أي مهلة في الطلاق فلا يوقعون إلا واحدة واحدةٍ فاستعجل الناس وصاروا يوقعون الثلاث دفعة واحـدة، وإلا إذا كان معنى الحديث أن إيقاع الثلاث دفعة واحدة، كان في الزمن الأوّل إنمـا يقع واحـدة واحدة، وهكذا في الزمن الثاني قبل التنفيذ فما الذي استعجلوه. الجواب الثاني: أنـه محمول

وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً أَوْ ثَلَاثاً لِلسُّنَّةِ، وفَسَّرَ بِتَفْرِيقِهَا عَلَى أَقْرَاءٍ لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا مِمَّنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الجَمْعِ ،وَالأَصَحُّ أَنَّهُ يُدَيَّنُ، وَيُدَيَّنُ مَنْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَقَالَ أَرَدْتُ إِنْ دَخَلْتِ أَوْ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ،

على من فرق اللفظ، فقال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فكانوا أوّلاً يصدّقون في إرادة التأكيد لقلة الخيانة فيهم، فلما كان من عمر رضي الله عنه ورأى تغير الأحوال لم يقبل إرادة التأكيد وأمضاه على الاستئناف. قال المصنف في شرح مسلم: وهذا أصحّ الأجوبة. وقال السبكي: إنه أحسن محامل الحديث اهـ، ولا فرق في وقوع الثلاث بين أن يكون ذلك منجزاً أو معلقاً، وقد وجدت صفته حلفاً كان أو غير حلف. قال السبكي: وابتدع بعض الناس في زماننا، فقال: إن كان التعليق على وجه اليمين لا يقع به الطلاق، وتجب به كفارة يمين، وهذه بدعة في الإسلام لم يقلها أحد منذ بعث النبيّ ﷺ إلى زماننا هذا. قال الزركشي: واللام في الطلقات للعهد الشرعي، وهي الثلاث، فلو طلق أربعاً. قال الروياني: عزر، وظاهر كلام ابن الرفعة أنه يأثم اهـ، وهذا ليس بظاهر؛ لأن الزيادة ملغاة فلا يترتب عليه بالتلفظ بها شيء **(ولو قال)** لزوجته **(أنت طالق ثلاثاً)** واقتصر عليه **(أو ثلاثاً للسنة وفسر)** الثلاث في الصورتين **(بتفريقها على أقراء لم يقبل)** ظاهراً على الصحيح المنصوص؛ لأن دعواه تقتضي تأخير الطلاق، ويقتضي لفظه تنجيزه في الأولى مطلقاً، وفي الثانية: إن كانت المرأة طاهرة، وحين تطهر إن كانت حائضاً، ولا سنة في التفريق **(إلا ممن يعتقد تحريم الجمع)** للثلاث دفعة كالمالكي فيقبل ظاهراً؛ لأن الظاهر من حاله أن لا يقصد ارتكاب محظور في معتقده.

تنبيه: قضية كلام المصنف عود الاستثناء إلى الصورتين وهو كذلك، وإن كان ما ذكره المتولي وتبعه المحرر إنما هو في الثانية فقط **(والأصحّ)** على عدم القبول **(أنه يدين)** فيما نواه؛ لأنه لو وصل اللفظ بما يدّعيه لانتظم فيعمل به في الباطن إن كان صادقاً بأن يراجعها، وحينئذ يجوز له وطؤها، ولها تمكينه إن ظنت صدقه، فإن ظنت كذبه لم تمكنه. وفي ذلك قال الشافعي رضي الله عنه: له الطلب وعليها الهرب، وإن استوى عندها الطرفان كره لها تمكينه، وإذا صدقته ورآهما الحاكم مجتمعين فرّق بينهما في أحد وجهين رجحه في الكفاية، والتدين لغة أن يكله إلى دينه وقال الأصحاب: هو أن لا تطلق فيما بينه وبين الله إن كان صادقاً إلا على الوجه الذي نواه غير أنا لا نصدّقه في الظاهر والوجه الثاني لا يدين؛ لأن اللفظ بمجرّده لا يحتمل المراد، والنية إنما تعمل فيما يحتمله اللفظ **(ويدين)** أيضاً على الأصحّ **(من قال)** لزوجته **(أنت طالق، وقال: أردت إن دخلت)** الدار **(أو إن شاء زيد)** طلاقك؛ لأنه لو صرّح به لانتظم.

تنبيه: قد يوهم كلامه أن قوله: أردت إن شاء الله أنه يكون كذلك والصحيح أنه لا يدين.

وَلَوْ قَالَ نِسَائِي طَوَالِقُ أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ، وَقَالَ أَرَدْتُ بَعْضَهُنَّ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ ظَاهِراً إِلَّا لِقَرِينَةٍ بِأَنْ خَاصَمَتْهُ وَقَالَتْ تَزَوَّجْتَ فَقَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ وَقَالَ أَرَدْتُ غَيْرَ الْمُخَاصِمَةِ.

[فصل]

قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ كَذَا أَوْ فِي غُرَّتِهِ أَوْ أَوَّلِهِ وَقَعَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ

قال الرافعي: وفرّقوا بينه وبين غيره من التعليقات أن التعليق بمشيئة الله تعالى يرفع حكم اليمين جملة فلا بدّ فيه من اللفظ بخلاف التعليق بالدخول وبمشيئة زيد فإنه لا يرفعه بل يخصصه بحال دون حال فأثرت فيه النية، وشبهوه بالفسخ لما كان رافعاً للحكم لم يجز إلا باللفظ، والتخصيص بالقياس كما يجوز باللفظ.

تنبيه: إنما ينفعه قصد هذا الاستثناء باطناً إذا عزم عليه قبل التلفظ بالطلاق، فإن حدثت له النية بعد الفراغ من الكلمة فلا حكم لها، فإن أحدثها في أثناء الكلمة فوجهان كما في نية الكتابة وحدها نقلاه في الباب الأول عن المتولي وأقراه ومرّ في الكناية أنه يكفي (**ولو**) أتى الزوج بلفظ عام وأراد بعض أفراده كأن (**قال نسائي طوالق، أو**) قال (**كل امرأة لي طالق وقال: أردت بعضهن**) بالنية كفلانة وفلانة دون فلانة (**فالصحيح**) وعبر في الرّوضة بالأصح (**أنه لا يقبل**) منه ذلك (**ظاهراً**) لأن اللفظ عام متناول لجميعهنّ، فلا يمكن من طرف مقتضاه بالنية (**إلا لقرينة**) تشعر بإرادة الاستثناء (**بأن**) أي كان (**خاصمته**) زوجته (**وقالت**) له (**تزوجت**) عليّ (**فقال**) لها منكراً لذلك (**كل امرأة لي طالق**) أو نسائي طوالق (**وقال: أردت غير المخاصمة**) لي فيقبل في ذلك للقرينة الدالة على صدقه. والثاني يقبل مطلقاً؛ لأن استعمال العام في بعض أفراده شائع. والثالث: لا يقبل مطلقاً، ونقلاه عن الأكثرين وحينئذ فما رجحاه هنا مخالف لما التزمه الرافعي من تصحيح ما عليه الأكثر، ولا يحسن تعبيره بالصحيح وهذا التفصيل يجري في كل موضع قلنا: إنه يدين فيه كما صرّحوا به فيما إذا قال: طالقاً من وثاقي، إن كان حلها منه قبل وإلا فلا، وفي الصور المذكورة آنفاً.

تنبيه: أشعر قوله بعضهنّ بفرض المسألة فيمن له غير المخاصمة، فلو لم يكن له غيرها طلقت كما بحثه بعضهم قياساً على ما لو قال كل امرأة لي طالق إلا عمرة ولا امرأة له غيرها فإنها تطلق كما في الرّوضة وأصلها عن فتاوى القفال وأقراه، بخلاف قوله النساء طوالق إلا عمرة ولا امرأة له غيرها، والفرق أنه في هذه الصورة لم يضف النساء لنفسه.

(فصل)

في تعليق الطلاق وما يذكر معه (**قال: أنت طالق في شهر كذا أو في غرّته**) أو رأسه (**أو أوّله**) أو دخوله أو مجيئه أو ابتدائه أو استقباله أو أوّل آخر أوّله (**وقع**) الطلاق (**بأوّل جزء**) من

مِنْـهُ، أَوْ في نَهَارِهِ أَوْ أَوَّلَ يَوْمٍ مِنْهُ فَبِفَجْرِ أَوَّلِ يَوْمٍ، أَوْ آخِرِهِ فَبِآخِرِ جُـزْءٍ مِنَ الشَّهْرِ، وَقِيـلَ بِأَوَّلِ النِّصْفِ الآخِرِ،

الليلة الأولى (منه) أي معه لتحقق الاسم بأوّل جزء منه ووجهه في شهر كذا أن المعنى إذا جاء شهر كذا ومجيئه يتحقق بمجيء أوّل جزء منه والاعتبار في دخوله ببلد التعليق، فلو علق ببلده وانتقل إلى أخرى ورأى فيها الهلال وتبين أنه لم ير في تلك لم يقع الطلاق بذلك، قاله الزركشي، وظاهره كما قال شيخنا أن محله إذا اختلفت المطالع.

تنبيه: لو رأى الهلال قبل غروب الشمس لم تطلق إلا بعد غروبها لأنه لليلة المستقبلة **(أو)** أنت طالق **(في نهاره)** أي شهر كذا **(أو أوّل يوم منه)** أي شهر كذا **(فبفجر أوّل يوم)** منه تطلق إذ الفجر أول النهار وأوّل اليوم كما حكى عن أئمة اللغة، فإن أراد وسط الشهر أو آخره، وقد قال: أنت طالق في شهر كذا أو أراد من الأيام أحد الثلاثة الأول منه، وقد قال: أنت طالق غرّته دين الاحتمال ما قاله فيهما، . ولأن الثلاثة الأول غرر في الثانية ولا يقبل ظاهراً فإن قال: أردت بغرّته أو برأسه النصف مثلاً لم يدين؛ لأن غرة الشهر لا تطلق على غير الثلاثة الأول، ورأسه لا تطلق على غير أول ليلة منه، وإن قال: أنت طالق في رمضان مثلاً وهو فيه طلقت في الحال، وإن قال وهو فيه: إذا جاء رمضان فتطلق في أوّل رمضان القابل، إذ التعليق إنما يكون على مستقبل **(أو)** أنت طالق في **(آخره)** أي شهر كذا أو سلخه **(فبآخر جزء من الشهر)** تطلق في الأصح **(وقيل)** تطلق **(بأوّل النصف الآخر)** منه إذ كله آخر الشهر فيقع بأوّله، وردّ بسبق الأول إلى الفهم.

فروع: لو علق بآخر أول آخره طلقت أيضاً بآخر جزء منه؛ لأن آخره اليوم الأخير وأوله طلوع الفجر فآخر أوّله الغروب وهو الجزء الأخير هذا ما قاله الشيخان وهو المعتمد، وإن قال شيخنا: الأوجه أنها تطلق قبل زوال اليوم الأخير؛ لأنه آخر أوّله ووقت الغروب إنما هو آخر اليوم لا آخر أوّله، وإن علق بأول آخره طلقت بأول اليوم الأخير منه لأنه أول آخره، ولو علق بآخر بآخر أوّله طلقت بآخر اليوم الأول منه لأنه آخر أوله، وقيل: تطلق بآخر الليلة الأولى منه لأنها أوله بالحقيقة. ولو علق بانتصاف الشهر طلقت بغروب شمس الخامس عشر، وإن نقص الشهر، لأنه المفهوم من ذلك، ولو علق بنصف نصفه الأول طلقت بطلوع فجر الثامن؛ لأن نصف نصفه سبع ليال ونصف وسبعة أيام ونصف والليل سابق النهار فيقابل نصف ليلة بنصف يوم وتجعل ثمان ليال وسبعة أيام نصفاً وسبع ليال وثمانية أيام نصفاً، ولو علق بنصف يوم كذا طلقت عند زواله؛ لأنه المفهوم منه، وإن كان اليوم يحسب من طلوع الفجر شرعاً ونصفه الأول أطول، ولو علق بما بين الليل والنهار طلقت بالغروب إن علق نهاراً وإلا فبالفجر، إذ كل منهما عبارة عن مجموع جزء من الليل وجزء من النهار، إذ لا فاصل بين الزمانين، وإن قال البلقيني: الأقيس أن يقع

وَلَوْ قَالَ لَيْلاً إِذَا مَضَى يَـوْمٌ فَبِغُرُوبِ شَمْسِ غَـدِهِ، أَوْ نَهَاراً فَفِي مِثْـلِ وَقْتِهِ مِنْ غَدِهِ أَوْ الْيَوْمُ، فَإِنْ قَالَهُ نَهَاراً فَبِغُرُوبِ شَمْسِهِ وَإِلاَّ لَغَا، وَبِهِ يُقَاسُ شَهْـرٌ وَسَنَةٌ،

الطلاق في الحال كمـا لو قـال: أنت طالق لا في زمن (**ولـو قال ليـلاً**) أي فيه (**إذا مضى يـوم**) بالتنكير فأنت طالق (**فبغروب شمس غده**) تطلق إذ يتحقق به مضي اليوم (**أو**) قاله (**نهاراً**) أي فيه (**ففي مثل وقته من غده**) تطلق، لأن اليوم حقيقة في جميعه متواصلاً كان أو متفرّقاً، فإن فرض انطباق التعليق على أول النهار وقع بغروب شمسه وهذا كما قال الأذرعي، إذا تم التعليق واستعقبه أول النهار، أما لو ابتدأه النهار فقد مضى جزء قبل تمامه فلا يقع بغروب شمسه (**أو**) قال إذا مضى (**اليوم**) بالتعريف فأنت طالق (**فإن قاله نهاراً فبغروب شمسه**) تطلق وإن قلّ زمن الباقي منه؛ لأنه عرّفه بلام العهد فانصرف إلى اليوم الحاضر (**وإلا**) بأن قاله ليلاً (**لغا**) أي لا يقع به شيء، إذ لا نهار حتى يحمل على المعهود قال المتولي ولا يمكن الحمل على الجنس إذ لا يتصوّر بقاء الزوجين حتى تنقضي أيام الدنيا فكانت صفة مستحيلة.

تنبيه: قد علم مما تقرّر أن صـورة مسألـة الكتاب أن يقـول: إذا مضى اليوم فـأنت طالق برفع اليوم، أما إذا قال: أنت طالق اليوم بالنصب أو بغيره أو النهار أو الشهر أو السنة فإنها تطلق في الحال ليلاً كان أو نهاراً؛ لأنه أوقعه، وسمى الزمان بغير اسمه فلغت التسمية (**وبه**) أي اليوم (**يقاس شهر وسنة**) والشهر والسنة، فإذا قـال: ليلاً أو نهـاراً في غير الأخيـر من الشهر إذا مضى شهـر فأنت طـالق طلقت بمضيّ ثلاثين يـوماً ومن ليلة الحـادي والثلاثين أو يـومه بقـدر ما سبق التعليق من ليلته أو يومه، فإن علق في اليوم الأخير أو الأخيرة من الشهر كفى بعـده شهر هـلالي كما تقدّم في السلم، وإذا قال في أثناء الشهر إذا مضت سنة فأنت طالق طلقت بمضيّ أحد عشر شهراً بالأهلة مع إكمال الأول من الثالث عشر ثـلاثين يومـاً، فإذا أراد بقيـة الشهر أو السنـة فقد غلظ على نفسه، وإن قال: إذا مضى الشهر أو قال: السنة فأنت طالق طلقت بمضيّ بقية ذلك الشهر أو تلك السنة والمعتبر السنة العربية، فإن قال: أردت غيرها أو أردت بالسنة معرفة سنة كاملة لم يقبل منه ظاهراً لتهمـة التأخيـر، ويدين لاحتمـال ما قـاله الأذرعي، نعم لـو كان ببـلاد الروم أو الفـرس فينبغي قبولـ قولـه. قال: ولـو علق شهـور أو الشهـور فبمضي مـا بقي من السنـة على الأصح عند القـاضي، وبمضيّ اثني عشر شهـراً عند الجيلي، ثم نقـل عن الجيلي أنه لـو علق بمضيّ ساعات طلقت بمضيّ ثلاث ساعات أو الساعات فبمضيّ أربعة وعشـرين ساعـة؛ لأنها جملة ساعات اليوم والليلة اهـ، وكلام الجيلي أوجه.

تنبيه: لو شك بعد مضيّ مدّة من التعليق هل تم العدد أولا عمل باليقين وحلّ له الوطء، حال التردّد، لأن الأصل عدم مضيّ العدد، والطلاق لا يقع بالشك، ولو علق الطلاق بمستحيل عرفاً كصعود السماء والطيران وإحياء الموتى إذا أراد به المعنى المراد في قوله تعالى حكاية عن عيسى عليه السلام: ﴿وَأُحْيِي الْمَوْتَى بِإِذْنِ اللَّهِ﴾ [آل عمران ٤٩] أو عقلاً كإحياء المـوتى على

أَوْ أَنْتَ طَالِقٌ أَمْسِ، وَقَصَدَ أَنْ يَقَعَ فِي الحَالِ مُسْتَنِداً إِلَيْهِ وَقَعَ فِي الحَالِ، وَقِيلَ لَغْوٌ، أَوْ قَصَدَ أَنَّهُ طَلَّقَ أَمْسِ، وَهِيَ الآنَ مُعْتَدَّةٌ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، أَوْ قَالَ طَلَّقْتُ فِي نِكَاحٍ آخَرَ، فَإِنْ عُرِفَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِلَّا فَلا.

غير ما تقدّم والجمع بين الضدّين أو شرعاً كنسخ رمضان لم تطلق لأنه لم ينجز لطلاق، وإنما علقه على صفة ولم توجد، واليمين فيما ذكر منعقدة حتى يحنث بها المعلق على الحلف، ولا يخالف هذا ما قالوا في الأيمان من أنه لو حلف بالله لا يصعد السماء لم ينعقد يمينه؛ لأن عدم انعقادها ثم ليس لتعلقها بالمستحيل، بل لأن امتناع الحنث لا يخلّ بتعظيم اسم الله تعالى، ولهذا ينعقد فيما لو حلف ليقتلنّ فلاناً وهو ميت مع تعلقها بمستحيل؛ لأن امتناع البرّ يهتك حرمة الاسم فيحوج إلى التكفير **(أو)** قال **(أنت طالق أمس)** أو الشهر الماضي أو السنة الماضية **(وقصد أن يقع في الحال مستنداً إليه في وقع الحال)** على الصحيح ولغا قصد الاستناد إلى أمس لاستحالته، ومثله ما لو قصد إيقاعه أمس، أو قال: لم أرد شيئاً أو تعذر الرجوع إليه بموت أو جنون أو خرس ولا إشارة له مفهمة، لكن في صورة قصد إيقاعه أمس يقع في الحال على المذهب المنصوص **(وقيل: لغو)** لا يقع به شيء؛ لأنه إنما وقع طلاقاً مستنداً، فإذا لم يمكن استناده وجب أن لا يقع **(أو)** أي ولو لم يقصد الزوج إنشاء طلاق لا حالاً ولا ماضياً بل **(قصد)** الإخبار بالطلاق وهو **(أنه طلق أمس)** في هذا النكاح **(وهي الآن معتدّة)** من طلاق بائن أو رجعي **(صدّق بيمينه)** في ذلك لقرينة الإضافة الى أمس وتحسب عدّتها من الوقت الذي ذكره إن صدّقته وإلا بأن كذبته، أو قالت: لا علم لي كما في الكافي حين الإقرار **(أو)** قصد بما **(قال: طلقت)** هذه **(في نكاح آخر)** غير نكاحي هذا وبانت مني ثم جدّدت زوج آخر في نكاح سابق **(فإن عرف)** نكاح سابق وطلاق فيه ببينة أو غيرها **(صدّق بيمينه)** في إرادة ذلك للقرينة، نعم إن صدّقته فيها فلا يمين **(وإلا)** أي وإن لم يعرف لهما ذكر **(فلا)** يصدّق ويقع في الحال كما في المحرّر والشرح الصغير لبعد دعواه.

تنبيه: نقل في الشرح الصغير عن الإمام: ينبغي أن يقبل فيما قاله باحتماله، واقتصر في الكبير على بحث الإمام من غير عزو إليه وتبعه في الروضة، والصواب ما في الكتاب وهو ما حكاه الإمام عن الأصحاب، ثم قال: وفي القلب منه شيء فذكر هذا البحث، وممن صرّح بما في الكتاب القاضي الحسين والبغوي والمتولي والروياني، وقد وقع في بعض نسخ الشرح الكبير على الصواب كما ذكره الأذرعي.

فروع: لو قال: أنت طالق قبل أن تخلقي. قال الصيمري: طلقت إذا لم يكن له إرادة، ولو قال نهاراً: أنت طالق غداً أمس، أو أمس غد بالإضافة وقع الطلاق في الحال، لأن غداً

وَأَدَوَاتُ التَّعْلِيقِ: مَنْ

أمس، وأمس غد هو اليوم، فإن قاله ليلاً وقع غداً في الأولى وحالاً في الثانية، ولو قال: أنت طالق أمس غداً أو غداً أمس بغير إضافة لغا ذكر أمس ووقع الطلاق في الغد؛ لأنه علقه بالغد وبأمس، ولا يمكن الوقوع فيهما ولا الوقوع في أمس فيتعين الوقوع في الغد لإمكانه، ولو قال: أنت طالق اليوم غداً وقع طلقة فقط في الحال ولا يقع شيء في الغد، لأن المطلقة اليوم طالق غداً، ويحتمل أنه لم يرد إلا ذلك، ولو أراد بذلك نصفها اليوم ونصفها الآخر غداً وقع أيضاً طلقة فقط في الحال لأن ما أخره تعجل، فإن أراد نصف طلقة اليوم ونصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً وقع طلقتان إلا أن تبين بالأولى، ولو قال: أنت طالق غداً اليوم طلقت طلقة غداً فقط، ولا تطلق في اليوم؛ لأن الطلاق تعلق بالغد، وذكره اليوم بعده لتعجيل الطلاق بالمعلق وهو لا يتعجل، ولو قال: أنت طالق في اليوم وفي غد أو في الليل وفي النهار وقع في كل طلقتان في الأولى في اليومين وطلقتان في الثانية واحدة بالليل وأخرى بالنهار. قال المتولي: لأن المظروف يتعدّد بتعدّد الظرف. قال الرافعي: وليس الدليل بواضح فقد يتحد المظروف ويختلف الظرف اهـ، والأولى كما قال شيخنا تعليل ذلك بإعادة العامل بخلاف ما لو قال: أنت طالق اليوم وغداً أو بالليل والنهار فإنه يقع في كل طلقة فقط لعدم إعادة العامل، ولو قال: أنت طالق اليوم أو غداً طلقت في الغد فقط لما ذكر، أو قال: أنت طالق يوماً ويوماً لا ولم ينو شيئاً طلقت واحدة فقط، فإن نوى طلقة تقع في يوم لا في تاليه وهكذا ثلاث مرّات وقع ثلاث في ثلاثة أيام متفاضلة، ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد، أو أنت طالق الساعة إن دخلت الدار لم تطلق وإن وجدت الصفة؛ لأنه علقه بوجودها فلا يقع قبله، وإذا وجدت فقد مضى الوقت الذي جعله محلاً للإيقاع، ولو قال: أنت طالق قبل موتي أو في حياتي طلقت في الحال. قال في الروضة: فإن ضم القاف وفتح الباء من قبل، أو قال قبيل بالتصغير طلقت قبيل الموت. قال الأسنوي: ما ذكر من فتح باء قبل غلط لم يذكره أحد، وإنما فيه ضم الباء وإسكانها ورد عليه ابن العماد بما فيه نظر، ولو قال: أنت طالق بعد قبل موتي طلقت في الحال لأنه بعد قبل موته، وأنت طالق قبل ما بعده رمضان وأراد بما بعده الشهر طلقت آخر جزء من رجب، وإن أراد به اليوم فقبيل فجر يوم الثلاثين من شعبان إن كان تامّاً، وإن أراد به اليوم بليلته فقبيل الغروب ليلة الثلاثين منه إن كان تاماً، أو أنت طالق بعد ما قبله رمضان وأراد بما قبله الشهر طلقت بمستهل ذي القعدة، وإن أراد باليوم بالليلة بعده ففي أول اليوم الثاني من شوّال، فإن لم يرد الليلة فالقياس أنها تطلق بغروب شمس أوّل شوّال، ولو علق بالطلاق أفضل الأوقات طلقت ليلة القدر، وقضية ما مرّ في الصوم أنها تطلق أول آخر ليلة من العشر الأخير أو بأفضل الأيام طلقت يوم عرفة أو بأفضل أيام الأسبوع طلقت يوم الجمعة إن لم يكن فيه يوم عرفة أو بأفضل الشهور طلقت في شهر رمضان، لقوله ﷺ «سَيِّدُ الشُّهُورِ رَمَضَانُ». ثم شرع المصنف في أدوات التعليق وبيان حكمها إثباتاً ونفياً. فقال **(وأدوات التعليق)** وذكر منها سبعة وهي **(من)**

كَمَنْ دَخَلَتْ، وَإِنْ وَإِذَا، وَمَتَى، وَمَتَى مَا وَكُلّمَا وَأَيُّ كَأَيُّ وَقْتٍ دَخَلْتِ، وَلاَ يَقْتَضِينَ فَوْراً إِنْ عَلَّقَ بِـإِثْبَاتٍ فِي غَيْرِ خُلْعٍ إِلاَّ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ، وَلاَ تَكْرَاراً إِلاَّ كُلّمَا، وَلَـوْ قَالَ إِذَا طَلَّقْتُـكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ طَلَّقَ أَوْ عَلّقَ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ فَطَلْقَتَانِ،

بفتح الميم **(كمن دخلت)** من نسائي الدار فهي طالق **(وإن)** وهي أم الباب وكان ينبغي تقديمها نحو إن دخلت الدار فأنت طالق (وإذاومتى ومتى ما) بزيادة ما **(وكلما)** دخلت الدار واحدة من نسائي فهي طالق **(وأيّ كأي وقت دخلت)** الدار فأنت طالق، ويضاف لهذه السبعة عشر أدوات أخرى، وهي إذ ما على رأي سيبويه ومهما وهي بمعنى ما وما الشرطية وإذ ما وأياماً كلمة وأيان وهي كمتى في تعميم الأزمان، وأين وحيثما لتعميم الأمكنة، وكيفهما للتعليق على الأحوال.

تنبيه: في فتاوى الغزالي أن التعليق يكون بلا في بلد عمّ العرف فيها كقوله أهل بغداد: أنت طالق لا دخلت الدار، ويكون التعليق أيضاً بلو كأنت طالق لو دخلت الدار كما قاله الماوردي (و)هذه الأدوات **(لا يقتضين)** بالوضع **(فوراً)** في المعلق عليه ولا تراخياً **(إن علق بإثبات)** أي بمثبت كالدخول فيما ذكر **(في غير خلع)** أما فيه فإنها تفيد الفورية في بعض صيغه كإن وإذا: كإن ضمنت ، أو إذا ضمنت لي مالاً فأنت طالق كما تقدّم في الخلع، بخلاف متى ومتى ما وأي فلا يقتضين فوراً، وليس اقتضاء الفورية فيه من وضع الصيغة بل إن المعاوضة تقتضي ذلك؛ لأن القبول لا بدّ أن يكون غير متراخٍ عن الإيجاب، ثم استثنى من اقتضاء الأدوات الفورية ما تضمنه قوله **(إلا)** في التعليق بالمشيئة نحو **(أنت طالق إن)** أو إذا **(شئت)** فإنه يعتبر الفور في المشيئة، لأنه تمليك على الصحيح، بخلاف متى شئت، واحترز بقوله **علق بإثبات** عما إذا علق بنفي وسيذكره (و)الأدوات المذكورة **(لا)** تقتضي أيضاً بالوضع **(تكراراً)** في المعلق عليه، بل إذا وجد مرة واحدة في غير نسيان ولا إكراه انحلت اليمين ولم يؤثر وجودها ثانياً؛ لأن إن تدل على مجرّد الفعل الذي بعدها وكذا أسماء الشروط.

تنبيه: شمل إطلاق المصنف ما لو قيد بالأبد كقوله: خرجت أبد الآبدين فأنت طالق، وبه صرّح الرافعي في كتاب الايمان وقال: لم يلزمه التكرار أيضاً، بل معناه في أيّ وقت **(إلا)** في **(كلما)** فإن التعليق بها يقتضي التكرار في المعلّق عليه بالوضع والاستعمال، وسيأتي التعليق بالنفي. ثم أشار المصنف إلى قاعدة أن تعليق الطلاق مع وجود الصفة تطليق جزماً كالتنجيز وإيقاع في الأصح (و)ذلك كما **(لو قال)** لمدخول بها يملك عليها أكثر من طلقة كما يشير إليه قوله بعد فثلاث في ممسوسة، ولو ذكر التقييد هنا ليفهم منه التقييد في الآتي لكان أولى **(إذا طلقتك)** أو أوقعت عليك طلاقي، أو وقع من باب أولى **(فأنت طالق ثم)** بعد هذا التعليق **(طلق)** أي نجز طلاقها بنفسه كما جزم به الماوردي مجاناً بصريح أو كناية مع نية **(أو علق)** طلاقها **(بصفة)** كإن دخلت الدار فأنت طالق **(فوجدت فطلقتان)** واحدة بتطليقها منجزاً أو

أَوْ كُلَّمَا وَقَعَ طَـلاَقِي فَطَلَّقَ فَثَـلاَثٌ في مَمْسُوسَةٍ وَفِي غَيْـرِهَا، طَلْقَـةٌ، وَلَوْ قَـالَ وَتَحْتَهُ أَرْبَـعٌ إِنْ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً فَعَبْـدٌ حُرٌّ، وَإِنْ ثِنْتَيْنِ فَعَبْدَانِ، وَإِنْ ثَلاثاً فَثَلاَثَةٌ،وَإِنْ أَرْبَعاً فَأَرْبَعَةٌ فَطَلَّقَ أَرْبَعاً مَعاً أَوْ مُرَتِّبـاً عَتَقَ عَشَرَةٌ،

التعليق بصفة وجدت وأخرى بالتعليق به، فإن قـال: أردت أنها تصيـر مطلقـة بتلك الطلقـة لم يقبـل ظاهـراً ويدين لاحتمـال ما قـاله، فـإن وكل في طـلاقها فـطلق وكيله لم تطلق إلا بـطلقـة الوكيل؛ لأنه لـم يطلقها هو، وإن خالعها أو كانت غير مدخول بها لم تقع الثانية؛ لأنها قد بـانت بالأولى وتنحّل اليمين، ولو قال لها: ملكتك طلاقك فطلقت نفسها فهل هو كطلاق الوكيـل فلا يقـع إلا طلقتها؛ لأنـه لم يطلقهـا بنفسه، أو كـطلاق نفسه فيقـع الطلقـة المعلقة أيضـاً، رجـح الماوردي الثاني. واستشكل بالتعليل المتقدّم. وأجيب بأن الوكيـل يشترط فيـه أهليته لمـا وكل فيه فكان مستقلاً، والمرأة لا أهلية فيها فكان المفوّض هو المطلق.

تنبيه: أفهم قوله ثم طلق أو علق اشتراط تـأخير التعليق، فلو علق طـلاقها أوّلاً بصفـة ثم قال: إذا طلقتك فأنت طالق فوجدت الصفة لم يقع الطلاق المعلق؛ لأنه لم يحـدث بعد تعليق طـلاقها شيئـاً؛ لأن وجود الصفـة وقوع لا تـطليق ولا إيقاع، والتعليق مـع وجود الصفـة تـطليق وإيقـاع. أما مجـرّد التعليق فليس بتطليق ولا إيقـاع ولا وقـوع. ثم أشـار المصنف إلى التعليق بالوقوع لوجود الصفة فقط، فإنه وقـوع لا إيقاع كمـا مرّ بقـوله **(أو كلمـا وقع)** عليـك **(طلاقي)** فأنت طالق **(فطلق)** بعد هذا التعليق طلقة **(فثلاث)** تقع **(في ممسوسة)** ومستدخلة ماءه المحترم حين وجود الصفة لاقتضاء كلما التكرار واحدة بالتنجيز وثنتان بالتعليق بكلما واحدة بوقوع المنجز وأخرى بوقوع هذه الواحدة **(وفي غيرها)** أي غير الممسوسة **(طلقة)** لأنها تبين بـالمنجزة فلا يقع المعلق بعدها.

تنبيه: خرج بقوله كلما وقع مـا لو قـال: كلما طلقتك فـأنت طالق، ثم طلق فثنتـان فقط، المنجزة، وأخرى بحصول التعليق المعلق. والفرق بين الإيقاع والوقوع أن الأوّل يرجـع للزوج والثاني للشرع؛ لأن الزوج لو أراد تعجيل المعلق بصفة لم يملك ذلـك؛ لأنه يغيـر حكماً ثـابتاً بالشرع **(ولو)** علق بإن أو غيـرها ممـا لا يقتضي التكرار كـأن **(قال)** من لـه عبيد **(وتحتـه)** نسوة **(أربـع: إن)** أو مـتى أو مهمـا أو إذا **(طلقت واحـدة)** منهنّ **(فعبـد)** منهم **(حـرّ، وإن)** طلقت **(ثنتين)** منهنّ **(فعبـدان)** منهم حرّان **(وإن)** طلقت **(ثـلاثـاً)** منهنّ **(فثـلاثـة)** منهم أحـرار **(وإن)** طلقت **(أربعاً)** منهنّ **(فأربعة)** منهم أحرار **(فـطلق أربعاً معـاً أو مرتبـاً عتق عشرة)** منهم مبهمـة وعليـه تعيينهم؛ لأنه بـطلاق الأولى يعتق واحد واثنـان بطلاق الثـانية، وثـلاثة بـطلاق الثالثـة، وأربعة بطلاق الرابعة، ومجموع ذلك عشرة.

تنبيه: أشعر تقريره المسألة بالعطف بـالواو أنـه قيد وهـو كذلـك، فلوعطف الـزوج بثم لم يضم

وَلَوْ عَلَّقَ بِكُلَّمَا فَخَمْسَةَ عَشَرَ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَلَوْ عَلَّقَ بِنَفْيِ فِعْلٍ فَالمَذْهَبُ أَنَّهُ إِنْ عَلَّقَ بِإِنْ كإِنْ لَمْ تَدْخُلِي وَقَعَ عِنْدَ الْيَأْسِ مِنَ الدُّخُولِ ،

الأول للثاني للفصل بثم فلا يعتق بطلان الثانية والرابعة شيء ؛ لأنه لم يطلق بعد الأولى ثنتين ولا بعد الثالثة أربعاً، ويعتق بطلاق الثالثة اثنان، فمجموع العتقاء ثلاثة، ذكر ذلك الإسنوي. ثم قال: ويتجه أن تكون الفاء كثمّ، وظاهر كما قال شيخنا أن ما قاله فيهما يأتي في طلاقهنّ مرتباً، فلو طلقهنّ معاً عتق عبد واحد (**ولو علق بكلما**) كقول من له عبيد وتحته نسوة: كلما طلقت واحدة من نسائي الأربع فعبد من عبيدي حرّ، وهكذا إلى آخر التعليقات الأربعة ثم طلق النسوة الأربع معاً أو مرتباً (**فخمسة عشر**) عبداً يعتقون عليه (**على الصحيح**) لأنها تقتضي التكرار كما مرّ، والقاعدة في ذلك أن ما عدّ مرة باعتبار لا يعدّ أخرى بذلك الاعتبار، فما عدّ في يمين الثانية ثانية لا يعدّ بعدها أخرى ثانية، وما عدّ في يمين الثالثة ثالثة لا يعدّ بعدها ثالثة فيعتق واحد بطلاق الأولى وثلاثة بطلاق الثانية؛ لأنه صدق عليه طلاق واحدة وطلاق ثنتين، وأربعة بطلاق الثالثة؛ لأنه صدق عليه طلاق واحدة، وطلاق ثلاث وسبعة بطلاق الرابعة؛ لأنه صدق عليه طلاق واحدة، وطلاق اثنتين غير الأوليين، وطلاق أربعة فالمجموع خمسة عشر، وإن شئت قلت: إنما عتق خمسة عشر؛ لأن فيها أربعة آحاد واثنتين مرتين وثلاثة وأربعة. والثاني يعتق سبعة عشر؛ لأن في طلاق الثالثة وراء الصفتين المذكورتين صفة أخرى وهي طلاق اثنتين بعد الأولى فيعتق عبدان آخران. والثالث: يعتق عشرون سبعة عشر لما ذكر وثلاثة؛ لأن في طلاق الرابعة صفة أخرى وراء الصفات الثلاث، وهي طلاق ثلاث بعد الأولى. والرابع يعتق ثلاثة عشر، وسواء أتى بكلما في التعليقات كلها أم في الثلاثة الأول، أم في الأوليين، إذ لا تكرار في الأخيرين، وإنما صوّرها الأصحاب بالإتيان بها في الكل ليتأتى مجيء الأوجه كلها التي منها أنه يعتق عشرون. لكن يكفي في ذلك الإتيان بها في الثلاثة الأول كما قاله ابن النقيب، لو أتى بها في الأول وحده أو مع الأخيرين عتق ثلاثة عشر، أو في الثاني وحده أو مع الأخيرين فاثنا عشر.

تنبيه: تعيين العبيد المحكوم بعتقهم إليه. قال الزركشي: أطلقوا ذلك ويجب أن يعين ما يعتق بالواحدة وبالثنتين وبالثلاث وبالأربع فإن فائدة ذلك تظهر في الأكساب إذا طلق مرتباً لا سيما مع التباعد وكأنهم سكتوا عن ذلك لوضوحه.

فرع: لو قال: كلما صليت ركعة فعبد من عبيدي حرّ، وهكذا إلى العشرة فصلى عشراً عتق سبعة وثمانون عبداً، وإن علق بإن ونحوها فخمسة وخمسون، وجميع أدوات التعليق بالنفي مقتضية للفور إلا في كلمة إن فللتراخي كما يشير إليه قوله (**ولو علق**) الطلاق (**بنفي فعل**) كدخول، أو نفي تطليق، أو ضرب أو غير ذلك (**فالمذهب أنه إن علق بإن كإن لم تدخلي**) الدار فأنت طالق (**وقع**) الطلاق (**عند اليأس من الدخول**) للدار، وذلك بأن يموت

أَوْ بِغَيْـرِهَا فَعِنْـدَ مُضِيِّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ ذٰلِكَ الْفِعْلُ

أحدهما، أو يجنّ الزوج جنوناً متصلاً بموته فيقع قبيل الموت أو الجنون بحيث لا يبقى زمن يمكنه أن يطلقها فيه لانتفاء التكليف بكل منهما، وإنما لم يحصل اليأس بمجرّد جنونه لاحتمال الإفاقة والتطليق بعدها، وكالجنون والإغماء والخرس الذي لا كناية لصاحبه ولا إشارة مفهمة. قال الأسنوي: والتعبير بقبيل غير محرّر، والصواب وقوعه إذا بقي ما لا يسع التطليق، نبه عليه الماوردي والروياني، فإن فسخ النكاح أو انفسخ أو طلقها وكيله ومات أحد الزوجين قبل تجديد النكاح أو الرجعة أو بعده ولم يطلق تبين وقوعه قبيل الانفساخ إن كان الطلاق المعلق رجعياً، إذ لا يمكن وقوعه قبيل الموت لفوات المحل بالانفساخ إن لم يجدّد وعدم عود الحنث إن جدّد ولم يطلق فتعين وقوعه قبل الانفساخ، فإن كان الطلاق بائناً لم يقع قبيل الانفساخ، لأن البينونة تمنع الانفساخ فيقع الدور، إذ لو وقع الطلاق لم يقع الانفساخ فلم يحصل اليأس فلم يقع الطلاق، فإن طلقها بعد تجديد النكاح، أو علق بنفي فعل غير التطليق كالضرب فضربها وهو مجنون أو وهي مطلقة انحلت اليمين، أما في الأولى فلأن البرّ لا يختصّ بحال النكاح، ولهذا تنحلّ اليمين بوجود الصفة حال البينونة، وأما الثاني فلأن ضرب المجنون في تحقق الصفة ونحوها كضرب العاقل، والضرب حال البينونة ممكن بخلاف الطلاق، ومقتضى كلام الشيخين حينئذٍ عدم الوقوع وإن صرّح في الوسيط بأنه يقع قبيل البينونة **(أو)** علق الطلاق **(بغيرها)** أي إن كإذا **(فعند مضيّ زمن يمكن فيه ذلك الفعل)** المعلق عليه من وقت التعليق ولم يفعل وقع الطلاق، هذا هو المنصوص في صورتي إن وإذا، والفرق أن إن حرف شرط لا إشعار لها بالزمان، وإذا ظرف زمان كمتى في التناول للأوقات بدليل أنه إذا قيل: متى ألقاك صح أن يقول إذا أو متى شئت أو نحوهما، ولا يصح إن شئت، فقوله: إن لم أطلقك معناه إن فاتني تطليقك وفواته باليأس، وقوله: إذا لم أطلقك معناه أيّ وقت فاتني فيه التطليق وفواته بمضيّ زمن يتأتّى فيه التطليق ولم يطلق، والطريق الثاني في كل من الصورتين قولان بتخريج قول من كل منهما إلى الأخرى. أما غير إن وإذا من الأدوات كمتى ومتى ما فللفور قطعاً كما يفهمه إطلاق المصنف. فإن قال: أردت بإذا معنى إن قبل باطناً وكذا ظاهراً؛ لأن كلا منهما قد يقوم مقام الآخر، وإن أراد بإن معنى إذا قبل ظاهراً؛ لأنه غلظ على نفسه، وإن أراد بغير إن وقتاً معيناً قريباً أو بعيداً دين لاحتمال ما أراد فإن قيل: قد قلتم إنه إذا اراد بإذا معنى إن أنه يقبل ظاهراً، وهنا ليس كذلك. أجيب بأنه ثم أراد بلفظ معنى لفظ آخر بينهما اجتماع في الشرطية بخلافه هنا.

فرع: لو قال: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت قبيل الغروب لحصول اليأس حينئذٍ، ولو قال: إن تركت طلاقك أو إن سكت عنه فأنت طالق اشترط الفور، فإن لم يطلقها في الحال طلقت لوجود، الصفة، بخلاف ما إذا نفاهما، فقال: إن لم

وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ دَخَلْتِ أَوْ أَنْ لَمْ تَدْخُلِي بِفَتْحِ أَنْ وَقَعَ في الحَالِ. قُلْتُ: إِلَّا في غَيْرِ نَحْوِيِّ فَتَعْلِيقٌ في الأَصَحِّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

أترك طلاقك أو إن لم أسكت عنه فأنت طالق فلا يقتضي الفور كما علم مما مرّ، فإن طلق فوراً واحدة ثم سكت انحلت يمين الترك فلا يقع أخرى؛ لأنه لم يترك طلاقها، ولا تنحلّ يمين السكوت فتقع أخرى لسكوته وانحلت يمينه، والفرق أنه علق في الأولى على الترك ولم يوجد، وفي الثانية على السكوت وقد وجد، إذ يصدق عليه أن يقال سكت عن طلاقها وإن لم يسكت أوّلاً، ولا يصح أن يقال: ترك طلاقها إذا لم يتركه أوّلاً، ولو كان التعليق المذكور بصيغة كلما فمضى قدر ما يسع ثلاث تطليقات متفرقات بلا تطليق طلقت ثلاثاً إن لم تبن بالأولى، وإلاّ فتطلق واحدة فقط، وحين أو حيث أو مهما أو كلما لم أطلقك كقوله: إذا لم أطلقك فيما مرّ **(ولو قال: أنت طالق إن دخلت)** الدار **(أو أن لم تدخلي)** بفتح همزة **(أن وقع في الحال)** دخلت أم لا؛ لأن أن المفتوحة للتعليل؛ لأن التقدير لأن دخلت، وحذف اللام مع أن كثير، قال تعالى: ﴿أَن كَانَ ذَا مَالٍ وَبَنِينَ﴾ [القلم: ١٤] قال الزركشي: ومحل كونها للتعليل في غير التوقيف، فإن كان فيه فلا كما لو قال: أنت طالق إن دخلت السنة أو البدعة لأن ذلك بمنزلة لأن جاءت، واللام في مثله للتوقيت: كقوله: أنت طالق للسنة أو للبدعة، وهذا متعين وإن سكتوا عنه اهـ وما قاله في لأن جاءت ممنوع. قال شيخنا: ولئن سلم فلهم أن يمنعوا ذلك في إن جاءت. فإن المقدّر ليس في قوّة الملفوظ مطلقاً **(قلت: إلا في غير نحويّ فتعليق في الأصح، والله أعلم)** فلا تطلق حتى توجد الصفة؛ لأن الظاهر قصده له، وهو لا يميز بين الأدوات، والثاني يقع حالاً؛ لأن هذا مقتضى اللفظ فلا يغير بلا قصد.

تنبيه: لو قال: أنت طالق إذ دخلت الدار طلقت في الحال؛ لأن إذ للتعليل أيضاً، فإن كان القائل لا يميز بين إذ وإذا فيمكن أن يكون الحكم كما لو لم يميز بين إن وأن، وهذا ما نقله صاحب الذخائر عن الشيخ أبي حامد الشيرازي وهو ظاهر، ولو قال: أنت طالق أن شاء الله بالفتح، أو إذ شاء الله، أو ما شاء الله وقع في الحال طلقة واحدة؛ لأن الأولين للتعليل، والواحد هي اليقين في الثالث، وظاهره أنه لا فرق بين النحوي وغيره كما صرّح في الروضة بتصحيحه هنا، وجرى على ذلك ابن المقري. فإن قيل: كان ينبغي التسوية بين أن دخلت الدار وبين أن شاء الله بفتح همزة أن فيهما كما قيل به. أجيب بأن حمل أن شاء الله على التعليق يؤدّي إلى رفع الطلاق أصلاً، بخلاف أن دخلت الدار وأيضاً المشيئة لا يغلب فيها التعليف فعند الفتح تنصرف للتعليل مطلقاً بخلاف الأوّل فأنه يغلب فيه التعليق فعند الفتح يفرق بين العالم بالعربية وغيره، ولو قال نحويّ: أنت طالق أن طلقتك بالفتح طلقت في الحال طلقتين: إحداها بإقراره والأخرى بإيقاعه في الحال؛ لأن المعنى أنت طالق لأني طلقتك، ولو قال: أنت طالق طالقاً لم يقع عليه شيء حتى يطلقها فتطلق حينئذٍ طلقتين، والتقدير: إذا صرت مطلقة فأنت طالق، هذا إن لم تبن بالطلقة المنجزة وإلا فلا يقع غيرها، والأصح في الرّوضة

[فصل]

عَلَّقَ بِحَمْلٍ فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ ظَاهِرٌ وَقَعَ، وَإِلَّا فَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ التَّعْلِيقِ بَانَ وُقُوعُهُ، أَوْ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ أَوْ بَيْنَهُمَا وَوُطِئَتْ وَأَمْكَنَ حُدُوثُهُ بِهِ فَلَا، وإِلَّا فَالأَصَحُّ وُقُوعُهُ،

كأصلها هنا في اعتراض الشرط على الشرط كإن أكلت إن شربت فأنت طالب تأخر المتقدّم منهما فلا تطلق في هذا المثال حتى يتقدّم شربها على أكلها؛ لأن الثاني قيد في الأوّل، والمراد بتقدّمه عدم تأخيره، ومقابل الأصح رجحه في الروضة كأصلها في باب التدبير.

فصل

في تعليق الطلاق بالحمل والحيض وغيرهما، إذا (**علق**) الطلاق (**بحمل**) كقوله: إن كنت حاملاً فأنت طالق (**فإن كان**) بها (**حمل ظاهر وقع**) الطلاق في الحال لوجود الشرط.

تنبيه: المراد بظهور الحمل أن تدّعيه الزوجة ويصدّقها الزوج على ذلك أو يشهد به رجلان بناء على أن الحمل يعلم لا بقول أربع نسوة؛ لأن الطلاق لا يقع بذلك كما لو شهدن بولادة امرأة فإنه يثبت النسب، ولا يقع الطلاق المعلق على الولادة بقولهنّ: نبه على ذلك الوليّ العراقي (**وإلا**) أي وإن لم يكن لها حمل ظاهر لم يقع حالاً وينظر حينئذٍ (**فإن ولدت**) ولداً كاملاً (**لدون ستة أشهر من**) حين (**التعليق بان وقوعه**) حينئذٍ لوجود الحمل حين التعليق، إذ لا يمكن أن يأتي به كاملاً لأقلّ من ذلك. أما إذا ألقت لدونها علقة أو مضغة يمكن حدوثها بعد التعليق فلا يقع عليه شيء (**أو**) ولدت (**لأكثر من أربع سنين**) من التعليق (**أو بينهما**) أي الستة أشهر والأربع سنين (**ووطئت**) بعد التعليق (**وأمكن حدوثه**) أي الحمل (**به**) أي الوطء بأن كان بين الوطء والوضع ستة أشهر فأكثر (**فلا**) يقع بالتعليق طلاق للعلم بعدم وجوده عند التعليق في الصورة الأولى؛ لأن الحمل لا يكون أكثر من أربع سنين ولجواز حدوثه في الصورة الثانية من الوطء استصحاب أصل دوام النكاح. ولا فرق في الصورة الأولى بين أن يطأ أم لا، والتمتع بالوطء وغيره فيهما جائز؛ لأن الأصل عدم الحمل وبقاء النكاح، ولكن يسنّ له اجتنابها حتى يستبرئها احتياطاً، فلو وطئها قبل الاستبراء أو بعده وبانت حاملاً كان شبهة، والاستبراء هنا كما في الأمة، فيكون بحيضة أو بشهر، وقيل: التعليق كاف؛ لأن المقصود معرفة حالها في الحمل (**وإلا**) بأن لم توطأ أصلاً بعد التعليق أو وطئت بعده من زوج أو شبهة أو زناً ولم يمكن حدوث حمل من ذلك الوطء بأن كان بينه وبين الوضع دون ستة أشهر (**فالأصحّ وقوعه**) لتبين الحمل ظاهراً، ولهذا حكم بثبوت النسب، والثاني: لا يقع؛ لاحتمال حدوث الحمل بعد التعليق باستدخالها منية، والأصل بقاء النكاح.

تنبيه: لو لم يظهر حمل ولكن ادّعته المرأة وصدّقها الزوج، ففي فتاوى القفال: يقع في الحال، ولو قال: إن كنت حائلاً أو إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق وهي ممن تحبل حرم وطؤها

وإنْ قَالَ إنْ كُنْتِ حَامِلاً بِذَكَرٍ فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا وَقَعَ ثَلَاثٌ، أَوْ إِنْ كان حَمْلُكِ ذَكراً فَطَلْقَةً أَوْ أُنْثَى فَطَلْقَتَيْنِ فَوَلَدَتْهُمَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ أَوْ إِنْ وَلَدْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ

قبل الاستبراء؛ لأن الأصل والغالب في النساء الحيال، والفراغ من الاستبراء موجب للحكم بالطلاق لظاهر الحال فتحسب الحيضة أو الشهر من العدّة التي وجبت بالطلاق فتتمها، ولا يحسب منها الاستبراء قبل التعليق لتقدّمه على موجبها، فإن ولدت ولو بعد الاستبراء لم تطلق إن ولدت لدون ستة أشهر أو لدون أربع سنين ولم توطأ لتبين أنها كانت حاملاً عند التعليق، لا إن وطئت وطأ يمكن كونه منه؛ لأن الظاهر حيالها حينئذٍ وحدوث الولد من هذا الوطء ولا إن ولدت لأربع سنين فأكثر من التعليق لتحقق الحيال عنده، فإن وطئها قبل الاستبراء أو بعده وبانت المطلقة منه لزمه المهر لا الحدّ للشبهة، أما إذا لم تكن ممن تحبل، كأن كانت صغير أو آيسة فتطلق في الحال، ولو قال: إن أحبلتك فأنت طالق فالتعليق بما يحدث من الحمل، فلو كانت حاملاً لم تطلق بل يتوقف طلاقها على حمل حادث، فإن وضعت أو كانت حائلاً لم يمنع من الوطء، وكلما وطيء وجب استبراؤها. فإن قيل: تقدّم قريباً أنه لا يجب استبراؤها بل يسنّ. أجيب بأن ما تقدّم فيما إذا كان قبل الوطء، وهذا فيما بعده **(وإن قال: إن كنت حاملاً بذكر)** أو إن كان في بطنك ذكر **(فطلقة)** بالنصب أي فأنت طالق طلقة **(أو أنثى فطلقتين فولدتهما)** معاً أو مرتباً وكان بينهما دون ستة أشهر **(وقع ثلاث)** لتحقق الصفتين وإن ولدت أحدهما وقع المعلق به، وإن ولدت خنثى وقع طلقة في الحال؛ لأنها محققة وتوقف الثانية إلى بيان حاله وتنقضي العدّة في جميع هذه الصور بالولادة ويكون الوقوع من اللفظ، وإن ولدت أنثى وخنثى فطلقتان وتوقف الثالثة حتى يتبين حال الخنثى وتنقضي العدة بالولادة لوقوع الطلاق من حين اللفظ كما مرّ.

تنبيه: ما ذكر من التعليق يقتضي أنها إذا ولدت لدون ستة أشهر وكان الحمل حين الحلف علقة أو مضغة أنه يقع الطلاق مع كون الحمل إذ ذاك لا يوصف بكونه ذكراً ولا أنثى. قال في المطلب: فإن تخيل في الجواب عنه أن الله تعالى أجرى عليه حكم الذكر والأنثى في قوله: **﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾**[النساء: ١١] فاليمين لا ينزل على ذلك كما ذكروه في الأيمان. وقال الزركشي: قد يقال: إنه كان ذكراً أو أنثى من حين وقوع النطفة في الرّحم وبالتخطيط ظهر ذلك اهـ. وأوفى كلام المصنف هنا وفيما بعد بمعنى الواو، ولو عبر بها كان أولى؛ لأن الكلام في الجمع تعليقين **(أو)** قال **(إن كان حملك)** أو ما في بطنك **(ذكراً فطلقة)** أي فأنت طالق طلقة **(أو أنثى فطلقتين فولدتهما لم يقع شيء)** لأن قضية اللفظ كون جميع الحمل ذكراً أو أنثى ولم يوجد، فلو ولدت ذكرين أو أنثيين فكذكر أو أنثى فيقع بالذكر طلقة وبالأنثى طلقتان؛ لأن معنى ذلك إن كان حملك أو ما في بطنك من هذا الجنس، وإن ولدت خنثى وذكراً وقف الحكم فإن بان الخنثى ذكراً فواحدة أو أنثى لم يقع شيء، وإن ولدت خنثى وأنثى وقف الحكم كما مرّ، فإن بان الخنثى أنثى فطلقتان أو ذكراً لم يقع شيء **(أو)** قال **(إن ولدت فأنت طالق)** طلقت

فَوَلَدتِ اثْنَيْنِ مُرَتَّباً طُلِّقَتْ بِالأَوَّلِ ، وانْقَضتْ عِدَّتُها بِـالثَّانِي ،وَإِنْ قَالَ كُلَّما وَلَدْتِ فَوَلَدتْ ثَلاثَةً مِنْ حَمْلٍ وَقَـعَ بِالأَوَّلِينِ طَلْقَتَانِ وانْقَضتْ بِالثَّالثِ،وَلاَيَقَـعُ بِهِ ثَـالِثَةٌ عَلَىالصَّحِيحِ ، وَلَوْ قَـال لأَرْبَعٍ كُلّمَـا وَلَدَتْ وَاحِـدَةٌ فَصواحِبُهَـا طَوالِقُ فَوَلَدْنَ مَعاً طُلِّقْنَ ثَلاثاً ثَلاثاً أَوْ مُرَتَّباً طَلَقَتِ الرَّابِعَةُ ثَلاثاً، وَكَذَا الأُوْلَى إِنْ

بانفصال ما تمّ تصويره ولو ميتاً وسقطاً، بخلاف ما لم يتمّ، فإن مات أحد الزوجين قبل خروجه ولو بعد خروج بعضه لم يطلق؛ لأن الولادة لم توجد حال الزوجية وإذا كان التعليق بالولادة **(فولدت اثنين مرتباً طلقت بالأوّل)** منهما لوجود الصفة **(وانقضت عدّتها بالثاني)** إن لحق الزوج ولا يقع به طلاق، سواء أكان من حمل بأن كان بين وضعهما دون ستة أشهر أم حملٍ آخر بأن وطئها بعد ولادة الأوّل وأتت بالثاني لأربع سنين فأقلّ، وخرج بمرتباً ما لو ولدتهما معاً فإنها وإن طلقت واحدة لا تنقضي العدّة بهما ولا بواحد منهما، بل تشرع في العدّة من وضعهما.

فرع: لو قال: إن ولدت ذكراً فطلقة أو أنثى فثنتان فولدتهما معاً فثلاث، وإن ولدت ذكرين فواحدة، أو قال: إن ولدت ذكراً فطلقتين فولدت ذكراً فثلاث أو خنثى فواحدة، فإن اتضح حكم بمقتضاه **(وإن قال: كلما ولدت)** ولداً فأنت طالق **(فولدت ثلاثة من حمل)** مرتباً **(وقع بالأولين طلقتان)** لاقتضاء كلما التكرار **(وانقضت)** عدّتها **(بالثالث)** لتبين براءة الرّحم **(ولا يقع به ثالثة على الصحيح)** المنصوص، إذ به يتمّ انفصال الحمل الذي تنقضي به العدّة فلا يقارنه طلاق، ولهذا لو قال: أنت طالق مع موتي لم يقع إذا مات؛ لأنه وقت انتهاء النكاح أو قال لغير موطوءة إذا طلقتك فأنت طالق فطلق لم يقع أخرى لمصادفتها البينونة، والثاني: يقع به طلقة ثالثة وتعتدّ بعده بالأقراء. أما إذا ولدتهم معاً فإنها تطلق ثلاثاً إن نوى ولداً وإلا فواحدة كما قاله شيخنا في شرح منهجه وتعتدّ بالأقراء، فإن ولدت أربعاً مرتباً وقع ثلاث بولادة ثلاث وتنقضي عدتها بالرابع، أو ولدت اثنين وقع طلقة وتنقضي عدّتها بالثاني ولا يقع به ثانية لما مرّ **(ولو قال لأربع)** حوامل منه **(كلما ولدت واحدة)** منكن أو أيتكن ولدت **(فصواحبها طوالق فولدن معاً طلقن)** أي وقع الطلاق على كل واحدة **(ثلاثاً ثلاثاً)** لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب فيقع بولادتها على كل من الثلاث طلقة، ولا يقع بها نفسها شيء وعدّتهن جميعاً بالأقراء أو الأشهر، وصواحب جمع صاحبة كضوارب جمع ضاربة.

تنبيه: تصويره بكلما تبع فيه المحرّر والروضة، وهو يوهم اشتراط أداة التكرار. قال ابن النقيب: وليس كذلك فإن التعليق بأن كذلك، فلو مثل بها كان أحسن، وقوله: ثلاثاً الثاني دافع لاحتمال إرادة طلاق المجموع ثلاثاً **(أو)** ولدن **(مرتباً)** بحيث لا تنقضي عدّة واحدة بأقرائها قبل ولادة الأخرى **(طلقت الرّابعة ثلاثاً)** بولادة كل من صواحبها الثلاث طلقة إن بقيت عدّتها وانقضت بولادتها **(وكذا الأولى)** تطلق أيضاً ثلاثاً بولادة كل من صواحبها الثلاث طلقة **(إن**

بَقِيَتْ عِدَّتُها، وَالثَّانِيَةُ طَلْقَـةً، وَالثَّالِثَـةُ طَلْقَتَيْنِ وانْقَضَتْ عِدَّتُهُمَـا بِولاَدَتِهِمَـا، وَقِيلَ لاَ تُـطَلَّقُ الأُولَى، وَتُطَلَّقُ البَاقِيَاتُ طَلْقَةً طَلْقَةً، وإِنْ وَلَدَتْ ثِنْتَـانِ مَعاً ثُمَّ ثِنْتَـانِ معاً طُلِّقَتِ الأُولَيَـانِ ثَلاثـاً ثلاثاً، وَقِيلَ طَلْقَةً ، والأُخْـرَيَانِ طَلْقَتَينِ طَلْقَتَيْنِ، وَتُصَـدَّقُ بِيَمِينِهَا في حَيْضِهَـا إذَا عَلَّقَهُ بِهِ،

بقيت عدّتها) عند ولادة الرّابعة تعتدّ بالأقراء أو الأشهر ولا تستأنف عدّة للطلقة الثـانية والثـالثة، بـل تبني على ما مضى من عـدّتها **(و)**طلقت **(الثـانية طلقـة)** بـولادة الأولى **(و)**طلقت **(الثـالثـة طلقتين)** بولادة الأولى والثانية **(وانقضت عدّتهمـا بولادتهمـا)** فلا يقـع عليهما طـلاق بولادة من بعدهما.

تنبيه: محل ذلك ما إذا لم يتأخر وضـع ثاني تـوءميهما إلى ولادة الـرّابعة ولا طلقت كـل واحدة منهما ثلاثاً ثلاثاً **(وقيل لا تطلق الأولى)** أصلاً **(وتطلق الباقيات طلقة طلقة)** بولادة الأولى لأنهنّ صواحبها عند ولادتها لاشتراك الجميع في الـزوجية حينئـذٍ، وبطلاقهنّ انقضت الصحبـة بين الجميع، فلا تؤثـر ولادتهنّ في حق الأولى ولا ولادة بعضهنّ في حق بعض. وأجاب الأوّل بأن الطلاق الرّجعي لا ينفي الصحبة والزوجية، فإنه لو حلف بطلاق نسائه دخلت الـرّجعية فيـه **(وإن ولدت ثنتان معاً ثم)** ولدت **(ثنتان معاً طلقت الأوليان)** بضم الهمزة: أي كل منهما **(ثـلاثاً ثلاثاً)** طلقة بولادة من ولدت معها وطلقتين بولادة الأخريين وعدّتهما بالأقراء **(وقيل)** طلقت كل منهما **(طلقة)** فقط بولادة رفيقتها وانتفت الصحبة من حينئذٍ **(والأخريان)** بضم الهمـزة: أي كل منهمـا **(طلقتين طلقتين)** بولادة كـل من الأوليين طلقة ولا يقـع عليهمـا بـولادة الأخـرى شيء، وتنقضي عدّتهما بولادتهما، ولو ولدت ثلاث معاً ثم الرابعة طلقت كـل منهنّ ثلاثـاً ثلاثـاً، وإن ولدت واحدة ثم ثلاث معاً طلقت الأولى ثلاثاً وكل من الباقيات طلقة فقط وإن ولدت ثنتان مرتباً ثم ثنتان معاً طلقت الأولى ثلاثاً والثانية طلقة والأخريـان طلقتين طلقتين، وإن ولدت ثنتـان معاً ثم ثنتان مرتباً طلق كل من الأوليين والرابعة ثـلاثاً والثـالثة طلقتين، وإن ولـدت واحدة ثم ثنتـان معاً ثم واحدة طلق كل من الأولى والرابعة ثلاثاً وكل من الثـانية والثـالثة طلقـة وتبين كل منهمـا بولادتهما.

تنبيه: محصل ما ذكر في المتن والشرح ثمان صور، وضابطها أن إيقاع الثلاث على كـل واحدة هو القاعدة إلا من وضعت عقب واحـدة فقط فتطلق طلقـة فقط أو عقب ثنتين فقط فتطلق طلقتين فقط. ثم شرع في التعليق بالحيض فقـال **(و)**لو قـال لزوجتـه: إن حضت فأنت طـالق طلقت بأوّل حيض مقبل، فلو علق في حال حيضها لم تطلق حتى تطهر ثم تشرع في الحيض، فإن انقطع الدم قبل يـوم وليلة تبين أن الطلاق لم يقـع، أو قال: إن حضت حيضـة فأنت طـالق فبتمام حيضة مقبلة؛ لأنـه قضية اللفظ، و**(تصـدق بيمينها في حيضهـا)** سواء وافق عـادتها أم لا **(إذا علقه)** أي طلاقها **(به)** أي الحيض وقالت: حضت وكذبهـا الزوج لأنهـا أعرف منـه، وكذا

لَا فِي وِلَادَتِهَا فِي الأَصَحِّ. وَلَا تُصَدَّقُ فِيهِ فِي تَعْلِيقِ غَيْرِهَا. وَلَوْ قَالَ إِنْ حِضْتُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ فَزَعَمَتَاهُ وَكَذَّبَهُمَا صُدِّقَ بِيَمِينِهِ وَلَمْ يَقَعْ،

الحكم فيما لا يعرف إلا منها كالحبّ والبغض والنية، وإنما حلفت للتهمة؛ لأنها تتخلص به من النكاح، أما إذا صدقها الزوج فلا تحليف (**لا في ولادتها**) إن علق الطلاق بها كإن ولدت فأنت طالق، فقالت: ولدت وكذبها الزوج، وقال: هذا الولد مستعار مثلاً، فالقول قوله (**في الأصح**) لإمكان إقامة البينة عليها بخلاف الحيض فإنه يتعذر أي يتعسر إقامة البينة عليه وإن شوهد الدم لجواز أن يكون دم استحاضة، كذا قاله الرّافعي هنا، لكن المنقول في الشهادات في الشرح والرّوضة الجزم بقبول الشهادة بالحيض، وذكرالمصنف في فتاويه أنه لا خلاف فيه، وقد يقال أخذا مما يأتي أنه لا تعارض، لأن ما هنا ثبوت حيض يترتب عليه طلاق، وذلك لا يثبت بشهادة النسوة بالحيض، وما هناك ثبوت حيض بشهادة نسوة فلا تعارض. والثاني وعليه جمع تصدق بيمينها لأنها مؤتمنة في رحمها حيضاً وطهراً أو وضع حمل في العدة، وقد قال تعالى: ﴿**وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ**﴾ [البقرة: ٢٢٩].

تنبيه: محلّ الخلاف بالنسبة إلى الطلاق المعلق به، أما في لحوق الولد به فلا تصدق قطعاً كما نقله القاضي أبو الطيب في شرح الفروع عن الأصحاب، بل يعتبر تصديقه أو شهادة أربع نسوة ثقات (**ولا تصدق فيه**) أي الحيض (**في تعليق**) طلاق (**غيرها**) على حيضها كإن حضت فضرّتك طالق، فقالت: حضت وكذبها الزوج، فالقول قوله بيمينه؛ لأنه لا سبيل إلى تصديقها بغير يمين، وإذا حلفت لزم الحكم للإنسان بيمين غيره وهو ممتنع.

تنبيه: اعترض على هذا ابن الرفعة بأن الإنسان يقبل قوله فيما لا يعلم إلا من جهته بلا يمين ويقضي بذلك على غيره كما لو قال: أنت طالق إن شاء زيد، فقال: شئت فإنه يصدق في ذلك بغير يمين ويقع الطلاق اهـ، وفرّق بعضهم بإمكان إقامة البينة على الحيض بخلاف المشيئة، وهذا الفرق إنما يأتي على القول بقبول الشهادة بالحيض، وقد مرّ الكلام فيه، وأيضاً إقامة البينة على المشيئة ممكن، فإن المشيئة يشترط فيها اللفظ كما سيأتي، فهذا الفرق ممنوع، والإشكال أيضاً ممنوع فإنه لا بدّ من تصديق الزوج له أو إقامة البينة، فقوله: قد وقعت مني المشيئة، فإن لم يصدّقه الزوج ولم تقم بينة بذلك لم يقع به طلاق (**ولو**) علق طلاق كل من زوجتيه بحيضهما معاً كأن (**قال**) لهما (**إن حضتما فأنتما طالقتان فزعمتاه**) أي الحيض وصدّقهما الزوج فيه طلقتا لوجود الصفة المعلق عليها باعترافه (**و**) إن (**كذبهما**) فيما زعمتاه (**صدق بيمينه، ولم يقع**) طلاق واحدة منهما؛ لأن الأصل عدم الحيض وبقاء النكاح. نعم إن أقامت كل واحدة منهما بينة بحيضها وقع، صرّح به في الشامل، وتوقف فيه ابن الرّفعة؛ لأن الطلاق لا يثبت بشهادتهنّ، ويشهد له قول الرّافعي: إنه لو علق طلاقها بولادتها فشهد بها

وَإِنْ كَذَّبَ وَاحِدَةً طُلِّقَتْ فَقَطْ، وَلَوْ قَالَ إِنْ أَوْ إذا أَوْ مَتَى طَلَّقْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثاً فَطَلَّقَهَا

النسوة لا يقع، وقول الأذرعي: إن ما قاله ابن الرفعة ضعيف؛ لأن الثابت الحيض، وإذا ثبت ترتب عليه وقوع الطلاق ممنوع، إذ لو صح ما ذكره وقع الطلاق المعلق على الولادة إذا ثبت بشهادتهن ولم يقع (وإن كذب واحدة) منهما فقط (طلقت) أي المكذبة (فقط) إن حلفت أنها حاضت لثبوت حيضها بيمينها وحيض ضرّتها بتصديق الزوج، ولا تطلق المصدقة إذ لم يثبت حيض ضرّتها إلا بيمينها، واليمين لا تؤثر في حق غير الحالف كما مرّ، وتطلق المكذبة فقط بلا يمين في قوله لهما: من حاضت منكما فصاحبتها طالق وادّعياه وصدق إحداهما وكذب. الأخرى لثبوت حيض المصدقة بتصديق الزوج.

تنبيه: عطفه: زعمتاه بالفاء يشعر بأنهما لو قالتا فوراً حضنا يقبلان، وليس مراداً، بل لا بدّ من حيض مستأنف، وهو يستدعي زمناً، ويشعر أيضاً باستعمال الزعم في القول الصحيح، والأكثر استعماله فيما لم يقم دليل على صحته أو أقيم على خلافه كقوله تعالى: ﴿زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَّنْ يُبْعَثُوا﴾ [التغابن: ٧].

فروع: لو قال لزوجتيه: إن حضتما حيضة فأنتما طالقتان، فقيل: لم يتعلق بهما طلاق لاستحالة أن يحيضا حيضة واحدة، والأصح أنهما إذا حاضتا طلقتا بحيضهما؛ لأن الاستحالة نشأت من قوله: حيضة فتلغى ويبقى التعليق بمجرّد حيضهما فتطلقان برؤية الدم كما مرّ، ولو قال: إن ولدتما ولداً فأنتما طالقان ففيه هذا الخلاف. أما إذا قال: ولداً واحداً أو حيضة واحدة فهو محال فلا يقع به طلاق؛ لأن الواحد نصّ في الوحدة، بخلاف الحيضة والولد فإنه يحتمل الجنس ولو قال لأربع نسوة: أيتكن حاضت فصواحبها طوالق فقلن: حضن، فإن صدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً لأنه جعل حيض كل منهن صفة لطلاق البواقي ولكل واحدة ثلاث صواحب وقد حضن، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن؛ لأن كلا منهن لا تصدق في حق غيرها، وإن صدق واحدة طلقت المكذبات طلقة طلقة؛ لأن لكل منهن صاحبة ثبت حيضها، وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين؛ لأن لكل منهما صاحبتين ثبت حيضهما وطلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة؛ لأن لكل واحدة ثبت حيضها، وإن كذب واحدة فقط طلقت المكذبة ثلاثاً؛ لأن لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين؛ لأن لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما، ولو قال لأربع: إن حضتنّ فأنتنّ طوالق فقلن حضن، فإن صدقهن طلقن واحدة واحدة، وإن كذبهن لم يطلقن، وإن كذب واحدة وحلفت طلقت طلقة دون الباقيات، وإن كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن. ثم أشار إلى المسألة المشهورة بالسريجية، وهي الدروية المنسوبة لابن سريج المذكورة في قوله (ولو قال: إن أو إذا أو متى) أو نحوه (طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً فطلقها) طلقة أو أكثر كما

وَقَـعَ المُنَجَّـزُ فَقَطْ، وَقِيـلَ ثَلاثٌ، وَقِيلَ لاَ شَيْء،

قـاله صـاحب التعجيز (وقـع المنجز فقط) ولا يقـع معه المعلق؛ لأنـه لو وقـع لم يقع المنجـز لـزيادتـه على المملوك، وإذا لم يقع المنجـز لم يقع المعلق لأنـه مشروط بـه، فوقـوعه محـال بخلاف وقوع المنجز، إذ قد يتخلف الجزاء عن الشرط بأسباب، كمـا لو علق عتق سـالم بعتق غانم في مرض موته، ولا يفي ثلث ماله إلا بأحدهما لا يقرع بينهما بل يتعين عتق غـانم، وشبه هذا مما لو أقرّ أخ بـابن للميت النسب دون الإرث، ولأن الجمع بين المعلق والمنجـز ممتنع، ووقوع أحدهمـا غير ممتنـع، والمنجز أولى بـأن يقع لأنـه أقوى من حيث إن المعلق يفتقـر إلى المنجز ولا ينعكس، وهذا الوجه. قال في المحرّر: إنـه أولى، وفي الشرحين والـرّوضة فيشبـه أن يكـون الفتوى بـه أولى، وصححه المصنف في التنبيـه، وإليـه ذهب المـاوردي، ونقله عن ابن سريج، وقـال: من نقل عنـه غيره فَقْـدوَهَمَ، ونقله ابن يونس عن أكثـر النقلة (وقيل) وقـع (ثلاث) واختاره الإمـام، ورجحه ابن أبي عصـرون وصاحب الاستقصـاء. واختلفوا في كيفيـة وقوع الثلاث على وجهين أصحهما، وهو المذكور في المحرّر أنه تقع الطلقة المنجزة وطلقتـان من الثلاث المعلقة؛ لأنه إذا وقعت المنجزة حصـل شرط وقـوع الثلاث؛ لأن الـطلاق لا يزيـد على ثلاث فيقع من المعلق تمام الثلاث، وعلى هذا يشترط أن يكـون مدخـولاً بها؛ لأن وقـوع طلقتين بعد طلقة لا يتصوّر إلا في المدخول بها، والثـاني: يقع الثـلاث المعلقة ويجعـل كأنـه قال: متى تلفظت بأنك طالق فأنت طالق قبله ثلاثاً، وزيفه الإمام، وعلى هذا سـواء المدخـول بها وغيرها (وقيل: لا شيء) يقـع لا المنجز ولا المعلق، لأنـه لو وقـع المنجز لـوقع قبله بحكم التعليق، ولو وقع المعلق لم يقع المنجز، وإذا لم يقع المنجز لم يقع المعلق، وهذا ما صححه الأكثرون على ما اقتضاه إيراد الشرح والـرّوضة ،ونقـلاه عن رواية صـاحب الإفصاح عن النصّ، ونسبـه في البحر إلى جمهـور الخراسـانين، وحكـاه الإمـام عن المعـظم، وهـو المشهـور عن ابن سريج كما نقله الأكثرون عن كتاب الغنية له، وبه اشتهرت المسألة. قال الأذرعي: ورأيتـه صرّح به في كتاب الودائع، لكن في كتاب الزيادات لـه أن يقع المنجـز، وهذان النقـلان سبب اضطرابهم في النقل عنه، وممن قال بعـدم وقوع شيء المزني وابن الحدّاد والقفـال وغيرهم، ونقـل في البحر عن القـاضي أبي الطيب، أن الشـافعي رضي الله عنه نصّ عليـه في المسائـل المنثورة، ونصره السبكي أوّلاً، وصنف فيه تصنيفين، ثم رجع عنه ونصر القائل بإيقاع الثلاث. وقال الاسنوي في التنقيح: إذا كان صاحب المذهب قد نصّ عليه، وقـال به أكثـر الأصحاب، خصوصاً الشيخ أبا حامد شيخ العراقيين، والقفال شيخ المـراوزة كان هـو الصحيح. وقـال في المهمـات: فكيف يسوغ الفتـوى بما يخـالف نصّ الشافعي وكـلام الأكثرين اهـ، ولمـا اختار الرّوياني هذا الوجه قال: لا وجه لتعليم العوامّ هـذه المسألـة في هذا الـزمان. وعن الشيـخ عز الـدين أنه لا يجـوز التقليد في عـدم الوقـوع، وهو الـظاهر، وإن نقـل عن البلقيني والـزركشي

وَلَوْ قَالَ: إِنْ ظَاهَرْتُ مِنْكِ أَوْ آلَيْتُ أَوْ لاَعَنْتُ أَوْ فَسَخْتُ بِعَيْبِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلاثاً ثُمَّ وُجِدَ المُعَلَّقُ بِهِ فَفِي صِحَّتِهِ الْخِلاَفُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكِ مُبَاحاً فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثُمَّ وَطِئَ لَمْ يَقَعْ قَطْعاً، وَلَوْ عَلَّقَهُ، بِمَشِيئَتِهَا

الجواز. وقال ابن الصباغ: وددت لو محيت هذه المسألة، وابن سريج بريء مما نسب إليه فيها.

تنبيه: إذا قلنا بانحسام الطلاق وأراد أن يطلق فله طرق: منها أنه يوكل في طلاقها لأنه لم يطلقها. ومنها أن يضيف الطلاق لبعضها؛ لأنه لم يطلقها وإنما طلق بعضها، ومحلّ هاتين الصورتين كما قال الزركشي فيما إذا كان التعليق بالتطليق، فإن كان بالوقوع كأن قال: متى وقع عليك طلاقي لم يقع في الصورتين، وطريقه حينئذ المفارقة بالفسخ إن وجد سببه (**ولو قال: إن ظاهرت منك أو آليت أو لاعنت أو فسخت**) نكاحي (**بعيبك**) مثلاً (**فأنت طالق قبله**) أي قبل كل ما ذكر (**ثلاثاً ثم وجد المعلق به**) من الظهار أو غيره (**ففي صحته**) أي المعلق به، وهو الظهار وما بعده (**الخلاف**) فعلى الأوّل الرّاجح يصح ويلغو تعليق الطلاق لاستحالة وقوعه، وعلى الثالث يلغوان جميعاً، ولا يأتي الثاني هنا (**ولو قال: إن وطئتك**) وطئاً (**مباحاً فأنت طالق قبله**) واحدة أو أكثر (**ثم وطىء لم يقع**) طلاق (**قطعاً**) إذ لو طلقت لم يكن الوطء مباحاً، وإنما لم يأت الخلاف هنا؛ لأن موضعه إذا انسدّ بتصحيح الدور يأتي الطلاق أو غيره من التصرّفات الشرعية، وهنا لم ينسدّ؛ لأن التعليق هنا وقع بغير الطلاق فلم ينسدّ عليه باب الطلاق.

تنبيه: لو قال: إن راجعتك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم راجعها نفذت الرجعة ولم يقع المعلق للدور، ولو قال لامرأته: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت له وإن بدأتك بالكلام فعبدي حرّ فكلمها لم تطلق المرأة؛ لأنه خرج عن كونه مبتدئاً بقولها إن بدأتك ولم يعتق العبد إذا كلمته بعد ذلك لخروجها عن كونها مبتدئة بكلامه، فلو كلمته أولاً عتق العبد لأنها ابتدأت كلامه، وكذا لا تطلق المرأة ولا يعتق العبد لو قال: كل منهما إن بدأتك بالسلام إلى آخر ما مرّ فسلما معاً لعدم كل منهما، ولو قال لزوجته: متى دخلت الدار وأنت زوجتي فعبدي حرّ قبله ومتى دخلها وهو عبدي فأنت طالق قبله ثلاثاً فدخلا معاً لم يعتق العبد ولم تطلق الزوجة للزوم الدور؛ لأنهما لو حصلا لحصلا معاً قبل دخولهما ولو كان كذلك لم يكن العبد عبده وقت الدخول ولا المرأة زوجته حينئذ فلا تكون الصفة المعلق عليها حاصلة ولا يأتي في هذه القول ببطلان الدور إذ ليس فيها سدّ باب التصرّف، ولو دخلا مرتباً وقع المعلق على المسبوق دون السابق، فلو دخلت المرأة أوّلاً ثم العبد عتق ولم تطلق هي؛ لأنه حين دخل لم يكن عبدا فلم تحصل صفة طلاقها، وإن دخل العبد أوّلاً ثم المرأة طلقت ولم يعتق العبد، وإن لم يذكر في تعليقه المذكور لفظة قبله في الطرفين ودخلا معاً عتق وطلقت؛ لأن كلا منهما عند الدخول بالصفة المشروطة، وإن دخلا مرتباً فكما سبق في نظيرتها (**ولو علقه**) أي الزوج الطلاق (**بمشيئتها**

خِطَاباً اشْتُرِطَتْ عَلَى فَوْرٍ، أَوْ غَيْبَةٍ، أَوْ بِمَشِيئَةِ أَجْنَبِيٍّ فَلاَ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ المُعَلَّقُ بِمَشِيئَتِهِ شِئْتُ كَارِهاً بِقَلْبِهِ وَقَعَ، وَقِيلَ لاَ يَقَعُ بَاطِناً، وَلاَ يَقَعُ بِمَشِيْئَةِ صَبِيَّةٍ وَصَبِيٍّ، وَقِيلَ يَقَعُ بِمُمَيِّزٍ

خطاباً) أي وهو مخاطب لها كقوله: أنت طالق إن أو إذا شئت، أو أن أو إذا شئت فأنت طالق **(اشترطت)** مشيئتها لفظاً **(على فور)** لتضمن ذلك لتمليكها الطلاق كطلقي نفسك كما مرّ؛ ولأنها استبانة لرغبتها فكان جوابها على الفور كالقبول في العقود، والمراد بالفور مجلس التواجب كما قالاه هنا وفي الخلع، وقيل: إذا شاءت في المجلس طلقت، لأن حريم العقد يقوم مقامه كما في القبض في الصرف والسلم، وقيل: أي وقت شاءت طلقت، ولا يتقيد ذلك بوقت: كما لو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق.

تنبيه: هذا في التعليق بغير نحو متى كأي وقت. أما فيه فلا يشترط الفور **(أو)** علق الطلاق بمشيئتها **(غيبة)** كزوجتي طالق إن شاءت ولو حضرت وسمعته **(أو)** علقه **(بمشيئة أجنبي)** خطاباً كقوله لأجنبي: إن شئت فزوجتي طالق **(فلا)** يشترط فور **(في الأصح)** لبعد التمليك في الأولى لانتفائه في الثانية. والثاني: يشترط الفور نظراً إلى تضمن التمليك في الأولى وإلى الخطاب في الثانية. أما إذا علقه بمشيئة أجنبي غيبة كإن شاء زيد لم يشترط الفور جزماً، ولو علقه بمشيئتها خطاباً وبمشيئة زيد كذلك اشترط الفور في مشيئتها فقط دون زيد إعطاء لكل منهما حكمه لو انفرد **(ولو قال المعلق بمشيئته)** من زوجة أو أجنبي **(شئت كارهاً بقلبه وقع)** الطلاق ظاهراً وباطناً لوجود المعلق عليه وهو لفظ المشيئة وهذا ما في المحرّر ونقلاه في الرّوضة وأصلها عن البغوي وهو المعتمد **(وقيل: لا يقع باطناً)** لانتفاء المشيئة في الباطن، وهذا ما نقلاه في الرّوضة وأصلها عن القاضي الحسين ونقلا في أوائل الإقرار ما يوهم ترجيحه وهو قضية كلام القاضي أبي الطيب أيضاً. وأجاب الأول بأن ما في الباطن لخفائه لا يقصد التعليق به، وإنما يقصد باللفظ الدال عليه وقد وجد، ولو قال المعلق على مشيئته من زوجة أو غيرها شئت إن شئت لم تطلق وإن شاء الزوج؛ لأن ا لتعليق على مشيئة من ذكر ولم توجد وإنما وجد تعليقها، والمشيئة خبر عما في النفس من الإرادة، وذلك لايتعلق بالشرط. ثم أشار إلى اعتبار كون المخاطب أهلاً للمشيئة بقوله **(ولا يقع)** طلاق علق **(بمشيئة)** كل من **(صبية وصبيّ)** وإن كانا مميزين؛ لأنه لا اعتبار بمشيئتها في التصرّفات، ولأنه لو قال لصغيرة طلقي نفسك فطلقت لم يقع، فكذا إن علق بمشيئتها **(وقيل يقع)** الطلاق المعلق **(بـ)**ـمشيئة **(مميز)** لأن مشيئته معتبرة في اختيار أحد أبويه، وتقييده بمميز من زوائده على المحرّر، وقضيته أنه لا يقع بمشيئة غيره جزماً، وبه صرّح في الروضة وأصلها، وكذا لا يقع بمشيئة مجنون علق على مشيئته ولو بالغاً جزماً؛ لأنا وإن اعتبرنا اللفظ فلا بد من صدوره ممن يتصوّر أن يكون لفظه معرباً عن مشيئته. نعم إن قال له أو لصغير: إن قلت شئت فزوجتي طالق فقال: شئت طلقت لوجود المعلق عليه.

وَلَا رُجُوعَ لَهُ قَبْلَ المَشِيئَةِ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ طَلْقَةً فَشَاءَ طَلْقَةً لَمْ تُطَلَّقْ، وَقِيلَ تَقَعُ طَلْقَةً، وَلَوْ عَلَّقَ بِفِعْلِهِ فَفَعَلَ نَاسِياً لِلتَّعْلِيقِ أَوْ مُكْرَهاً لَمْ تُطَلَّقْ فِي الأَظْهَرِ، أَوْ بِفِعْلِ غَيْرِهِ مِمَّنْ يُبَالِي بِتَعْلِيقِهِ وعَلِمَ بِهِ فَكَذٰلِكَ، وَإِلَّا

تنبيه: لو علق بمشيئة أخرس فأشار إشارة مفهمة وقع، أو ناطق فخرس فكذلك على الأصح، ولو شاء المعلق بمشيئة حال سكره الذي أثم به كان على الخلاف في تصرّفه، ولو علق بمشيئة ناقص بصبا أو جنون فشاء فوراً بعد كماله لم يقع كما هو ظاهر كلامهم، ولو علق بمشيئة الملائكة لم تطلق إذ لهم مشيئة ولم نعلم حصولها، والتعليق بمشيئة بهيمة تعليق بمستحيل كما قال الماوردي، وقد مرّ أنه لا يقع به **(ولا رجوع له)** أي شخص علق الطلاق بمشيئة غيره **(قبل المشيئة)** من ذلك الغير وإن قلنا: إنه تمليك؛ لأنه وإن كان تمليكاً ففيه شائبة تعليق الطلاق على صفة فامتنع الرجوع كسائر التعليقات **(ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلاأن يشاء زيد)** مثلاً **(طلقة فشاء)** زيد **(طلقة)** أو أكثر **(لم تطلق)** شيئاً نظراً إلى أن المعنى إلا أن يشاءها فلا تطلقين أصلاً، كما لو قال: إلا أن يدخل زيد الدار فدخل **(وقيل تقع طلقة)** نظراً إلى أن المعنى إلا أن يشاء طلقة فلا يزاد عليها، وقيل: يقع طلقتان، والتقدير إلا أن يشاء عدم واحد فيقع الباقي، وهذا كله عند الإطلاق، فإن قال: أردت الثاني أو الثالث قبل؛ لأن فيه تغليظاً عليه، فإن لم يشأ شيئاً وقع الثلاث، ولو قال: أنت طالق واحدة إلا أن يشاء فلان ثلاثاً فشاءها لم تطلق، وإن لم يشأ أو شاء واحدة أو ثنتين وقع واحدة، ولو مات زيد وقد علق الطلاق بمشيئته أو جنّ لم تطلق **(ولو علق)** زوج طلاقاً **(بفعله)** كدخول الدار **(ففعل)** المعلق به **(ناسياً للتعليق أو)** ذاكراً له **(مكرهاً)** على الفعل أو طائعاً جاهلاً **(لم تطلق في الأظهر)** لخبر ابن ماجة وغيره: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» أي لا يؤاخذهم بذلك، ومقتضاه رفع الحكم فيعم كل حكم إلا ما قام الدليل على استثنائه كقيم المتلفات، ولأن المكره على الطلاق لا يقع طلاقه، فكذا المكره على الصفة، ولا فرق بين الحلف بالله تعالى وبالطلاق وإن قال القاضي حسين يقع في الحلف بالطلاق في النسيان، والثاني: تطلق لوجود المعلق به، وليس النسيان ونحوه دافعاً للوقوع.

تنبيه: لو حلف لا يفعل كذا عمداً ولا سهواً حنث بفعله سهواً كما في زوائد الرّوضة وجزم به الرافعي في الأيمان. وقال ابن المنذر: إنه المشهور من مذهب الشافعي؛ لأنه فعله وقد ضيق على نفسه، بخلاف ما لو حلف لا ينسى فنسي فإنه لم ينس بل نسي **(أو)** علق الطلاق **(بفعل غيره)** وقد قصد بذلك منعه أو حثه، وهو **(ممن يبالي بتعليقه)** أي يشق عليه حنثه، فلا يخالفه لنحو صداقة أو قرابة أو زوجية فيحرص على إبرار قسمه ولو حياء لمكارم الأخلاق، وليس المراد خشية العقوبة من مخالفته **(وعلم)** غيره **(به)** أي بتعليقه **(فكذلك)** لا يقع الطلاق في الأظهر إذا فعله ناسياً أو مكرهاً أو جاهلاً **(وإلا)** بأن لم يقصد الزوج منعه أو حثه، أو لم يكن

فَيَقَعُ قَطْعاً.

[فَصْلٌ]

قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَأَشَارَ بِأُصْبُعَيْنِ أَوْ ثَلاثٍ لَمْ يَقَعْ عَدَدٌ إلَّا بِنِيَّةٍ، فَإِنْ قَالَ مَعَ ذٰلِكَ هٰكَذَا طَلقَتْ فِي أُصْبَعَيْنِ طَلْقَتَيْنِ

يبالي بتعليقه كالسلطان والحجيج، أو كان يبالي به ولم يعلم به (**فيقع**) الطلاق بفعله (**قطعاً**) وإن اتفق في بعض الصور نسيان ونحوه؛ لأن الغرض حينئذ مجرّد تعليق الفعل من غير قصد منع أو حثّ، هذا تقرير المتن، لكن يستثنى منه الصورة الأخيرة وهي فيما إذا قصد فيمن يبالي به إعلامه ولم يعلم به فلا تطلق كما أفهمه كلام أصل الرّوضة وعزاه السبكي للجمهور.

تنبيه: هذا كله إذا حلف على فعل مستقبل. أما إذا حلف على نفي شيء وقع جاهلاً به أو ناسياً له، كما لو حلف أن زيداً ليس في الدار وكان فيها ولم يعلم به، أو علم ونسي، فإن حلف أن الأمر كذلك في ظنه أو فيما انتهى إليه علمه: أي لم يعلم خلافه ولم يقصد أن الأمر كذلك في الحقيقة لم يحنث، لأنه إنما حلف على معتقده، وإن قصد أن الأمر كذلك في نفس الأمر أو أطلق ففي الحنث قولان: رجح منهما ابن الصلاح وغيره الحنث، وصوّبه الزركشي؛ لأنه غير معذور، إذ لا حثّ ولا منع بل تحقيق، فكان عليه أن يتثبت قبل الحلف بخلافه في التعليق بالمستقبل، ورجح الاسنوي وغيره أخذاً من كلام أصل الرّوضة عدم الحنث، ورجح بعض المتأخرين أنه يحنث فيما إذا قصد أن الأمر كذلك في نفس الأمر وعدم الحنث عند الإطلاق وهذا أوجه.

تتمة: لو علق الطلاق بدخول بهيمة أو نحوها كطفل فدخلت مختارة وقع الطلاق، بخلاف ما إذا دخلت مكرهة لم يقع. فإن قيل: هذا يشكل بما مرّ من قوع الطلاق فيما إذا لم يعلم المعلق التعليق وكان ممن لا يبالي بتعليقه أو ممن يبالي به ولم يقصد الزوج إعلامه ودخل مكرهاً. أجيب بأن الآدمي فعله منسوب إليه وأن أتى به مكرهاً. ولهذا يضمن به، بخلاف فعل البهيمة فإنها حين الإكراه لم تفعل شيئاً، وحكم اليمين فيما ذكر كالطلاق، ولا ينحل بفعل الجاهل والناسي والمكره.

(فصل)

في الإشارة للطلاق بالأصابع وفي غيرها، إذا (**قال**) لزوجته: (**أنت طالق وأشار بأصبعين أو ثلاث**) ولم يقل هكذا (**لم يقع عدد إلا بنية**) له عند قوله طالق؛ لأن الطلاق لا يتعدّد إلابلفظ أو نية ولم يوجد واحد منهما ولا اعتبار بالإشارة هنا.

تنبيه: أفهم قوله: لم يقع عدد وقوع واحدة وهو كذلك؛ لأن الواحد ليس بعدد (**فإن قال مع ذلك**) القول أو الإشارة (**هكذا طلقت في**) إشارة أصبع طلقة، وفي إشارة (**أصبعين طلقتين**،

وَفِي ثَلاثٍ ثَلاثاً، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ بِالإِشَارَةِ المَقْبُوضَتَيْن صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَلَوْ قَالَ عَبْدٌ إِذَا مَاتَ سَيِّدِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، وَقَالَ سَيِّدُهُ إِذَامِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَعَتَقَ بِهِ فَالأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ بَلْ لَهُ الرَّجْعَةُ، وَتَجْدِيدٌ قَبْلَ زَوْجٍ،

وفي) إشارة **(ثلاث)** من الأصابع **(ثلاثاً)** وإن لم ينو؛ لأن الإشارة بالأصابع في العدد بمنزلة النية، وفي الحديث: «الشَّهْرُ هَكَذَ وَهَكَذَا وأشار بأصابعه الكريمة وخنس إبهامه في الثالثة وأراد تسعة وعشرين»[(١)] فدل على أن اللفظ مع الإشارة يقوم مقام اللفظ بالعدد.

تنبيه: لا بد أن تكون الإشارة مفهمة للطلقتين أو الثلاث كالنظر للأصابع أو تحريكها أو ترديدها وإلا فقد يعتاد الإنسان الإشارة بأصابعه الثلاثة في الكلام فلا يظهر الحكم بوقوع العدد إلا بقرينة. قاله الإمام، وأقراه، ولو قال بعد ذلك: أردت واحدة لم يقبل: وخرج بقوله مع ذلك ما لو قال: أنت هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل طالق فإنها لا تطلق، وإن نوى الطلاق كما في زيادة الرّوضة؛ لأن اللفظ لا يشعر بطلاق **(فإن قال: أردت بالإشارة)** بالثلاث الأصبعين **(المقبوضتين صدّق بيمينه)** ولم يقع أكثر من طلقتين لاحتمال الإشارة بهما، فإن قال: أردت أحدهما لم يصدّق؛ لأن الإشارة صريحة في العدد كما مرّ فلا يقبل خلافها، ولو عكس فأشار بأصبعين، وقال: أردت بالإشارة الثلاث المقبوضة صدّق بطريق الأولى؛ لأنه غلظ على نفسه، ولو كانت الإشارة بيد مجموعة ولم ينو عدداً وقع واحدة كما بحثه الزركشي، ولو قال: أنت الثلاث ونوى الطلاق لم يكن شيئاً: ذكره الماوردي وغيره، ولو قال: أنت طالق، وأشار بأصبعه، ثم قال: أردت بها الأصبع دون الزوجة لم يقبل ظاهراً قطعاً ولم يدين على الأصح، ثم أشار بفروع من فروع ابن الحدّاد **(و)** هو ما **(لو قال عبد)** لزوجته **(إذا مات سيدي فأنت طالق طلقتين، وقال)** به **(سيده إذا مت)** أنا **(فأنت حرّ فعتق)** كله **(به)** أي بموت سيده **(فالأصح أنها لا تحرم)** عليه الحرمة الكبرى **(بل له الرجعة)** في عدّتها **(وتجديد)** النكاح بعد انقضائها **(قبل زوج)** آخر؛ لأن قوع الطلقتين وعتق العبد معلقان معاً بالموت فوقعا معاً، والعتق كما لا يتقدّم الطلاق لم يتأخر، فإذا وقعا معاً غلب جانب الحرية لتشوّف الشارع إليها فكان العتق مقدّماً، والثاني تحرم فلا تحلّ له إلا لمحلل؛ لأن العتق لم يتقدّم وقوع الطلاق، وخرج بعتق جميعه ما لو عتق بعضه بأن لم يخرج من الثلث ولم يجز الوارث فإنها تبين بالطلقتين؛ لأن المبعض كالقنّ في عدد الطلقات.

تنبيه: لا تختص المسألة بموت السيد بل يجري الخلاف في كل صورة تعلق عتق العبد به، ووقوع طلقتين على زوجته بصفة واحدة: كما لو قال العبد: إذا جاء الغد فأنت طالق طلقتين، وقال السيد: إذا جاء الغد فأنت حرّ فإذا جاء الغد عتق وطلقت طلقتين، ولا تحرم

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٠٨).

وَلَوْ نَادَى إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ فَأَجَابَتْهُ الأُخْرَى فَقَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَهُوَ يَظُنُّهَا المُنَادَاةَ لَمْ تُطَلَّقِ المُنَادَاةُ وَتُطَلَّقُ المُجِيبَةُ فِي الأَصَحِّ، وَلَوْ عَلَّقَ بِأَكْلِ رُمَّانَةٍ وَعَلَّقَ بِنِصْفٍ فَأَكَلَتْ رُمَّانَةً فَطَلْقَتَانِ والحَلِفُ بِالطَّلَاقِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَثٌّ أَوْ مَنْعٌ أَوْ تَحْقِيقُ خَبَرٍ، فَإِذَا قَالَ إِنْ حَلَفْتُ بِطَلَاقٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ إِنْ لَمْ تَخْرُجِي أَوْ إِنْ خَرَجْتِ

عليه قطعاً لأن العتق سبق وقوع الطلاق، ولو علق السيد عتقه بموته وعلق العبد الطلقتين بآخر جزء من حياة سيده ثم مات سيده انقطعت الرجعة، واشترط المحلل قطعاً لتقدّم الطلاق على العتق، ولو علق زوج الأمة طلاقها وهي غير مدبرة بموت سيدها وهو وارثه فمات السيد انفسخ النكاح ولم تطلق، وإن كانت مكاتبة أو كان على السيد دين؛ لأنها بموته تنتقل إليه كلها أو بعضها فينفسخ النكاح فلا يصادف الطلاق محلاً، أما المدبرة فتطلق إن عتقت بموت سيدها ولو بإجارة الوارث العتق (**ولو نادى إحدى زوجتيه**) مثلاً كحفصة (**فأجابته الأخرى**) كعمرة (**فقال**) لها (**أنت طالق وهو يظنها المناداة لم تطلق المناداة**) جزماً؛ لأنها لم تخاطب بالطلاق وظن خطابها لا يقتضي وقوعه عليها (**وتطلق المجيبة في الأصح**) لخطابها الطلاق، والثاني: لا؛ لانتفاء قصدها، وخرج بيظنها ما لو علم أن المجيبة غير المناداة، فإن قصد طلاقها طلقت فقط أو المناداة وحدها حكم بطلاقها، أما المناداة فظاهراً وباطناً وأما المخاطبة فظاهراً ويدين (**ولو علق**) طلاقها بغير كلما (**بأكل رمانة**) كأن أكلت رمانة فأنت طالق (**وعلق**) ثانياً: (**بنصف**) من رمانة كأن أكلت نصفها فأنت طالق (**فأكلت رمانة فطلقتان**) لوجود الصفتين؛ لأنه يصدق أنها أكلت نصف رمانة وأكلت رمانة لكنه يشكل على قاعدة أن النكرة المعادة غير الأولى، فإن كان التعليق بكلما طلقت ثلاثاً؛ لأنها أكلت رمانة مرّة ونصف رمانة مرّتين، ولو علق بأكل رمانة فأكلت نصفي رمانتين لم يحنث وكذا لو أكلت ألف حبة مثلاً من ألف رمانة، وإن زاد ذلك على عدد رمانة؛ لأن ما ذكر ليس رمانة.

فروع: لو قال: أنت طالق إن أكلت هذا الرغيف، وأنت طالق إن أكلت نصفه، وأنت طالق إن أكلت ربعه، فأكلت الرغيف طلقت ثلاثاً، ولو قال: إن كلمت رجلاً، فأنت طالق، وإن كلمت زيداً، فأنت طالق، وإن كلمت فقيهاً فأنت طالق فكلمت زيداً وكان فقيهاً طلقت ثلاثاً، ولو قال: إن لم أصل ركعتين قبل زوال شمس اليوم، فأنت طالق فصلاهما قبل الزوال وقبل أن يتشهد زالت الشمس وقع الطلاق (**والحلف**) بفتح المهملة وكسر اللام بخطه، ويجوز سكونها لغة: القسم وهو (**بالطلاق**) أو غيره (**ما تعلق به حث**) على فعل (**أو منع**) منه لنفسه أو غيره (**أو تحقيق خبر**) ذكره الحالف أو غيره ليصدّق الحالف فيه (**فإذا قال**) لزوجته (**إن**) أو إذا (**حلفت بطلاق**) منك (**فأنت طالق**) هذا مثال للتعليق على الحلف (**ثم قال**) بعد هذا (**إن لم تخرجي**) فأنت طالق، وهذا مثال لحثها على الفعل وهو مزيد على المحرّر (**أو إن خرجت**)

أَوْ أَنْ لَمْ يَكُن الأَمْرُ كَمَا قُلتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَقَعَ المُعَلَّقُ بِالحَلِفِ، وَيَقَعُ الاخَرُ إِنْ وُجِدَتْ صِفَتُهُ، وَلَوْ قَالَ إِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ أَوْ جَاءَ الحُجَّاجُ فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ المُعلقُ بِالحَلفِ، وَلَوْ قِيلَ لَهُ اسْتِخْبَارًا أَطَلَّقْتَهَا فقَالَ نَعَمْ فَإِقْرَارٌ فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ مَاضِياً وَراجَعْتُ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ قِيلَ ذٰلِكَ الْتِمَاساً لإِنْشَاءِ فَقَالَ نَعَمْ فَصَرِيحٌ وَقِيلَ كِنَايَةٌ،

فأنت طالق، وهذا مثال لمنعها من الفعل (**أو إن لم يكن الأمر كما قلت فأنت طالق**) وهـذا مثال لتحقيق الخبر (**وقع**) الطلاق (**المعلق بالحلف**) في هذه الأمثلة حالاً لأن ما قالـه حلف بأقسامه السابقة كما تقرّر (**ويقع الآخر**) مآلاً (**إن وجدت صفته**) وبقيت العدة كمـا قالـه في المحرّر ولا يخفى أن ذلك في المدخول بها، فإن غير المدخول بها تبين بوقوع المعلق بالحلف (**ولـو قال**) بعد التعليق بالحلف (**إذا طلعت الشمس أو جاء الحجاج**) أو نحوه كأن جاء رأس الشهر (**فـأنت طالق لم يقع المعلق بالحلف**) إذ لا حث فيه ولا منع ولا تحقيق خبر بـل هو محض تعليق على صفة، فإذا وجدت وقع الطلاق **المعلق** عليها.

تنبيه: تعبيره بالحجاج مشعر بأنه لو مات واحد منهم أو انقطع لعذر لم يوجد المعلق عليه واستبعده بعضهم، وقال: الظاهر أن المراد الجنس وهل ينظر في ذلك للأكثر أو لما يطلق عليه اسم الجمع أو إلى جميع من بقي منهم ممن يريد الرجوع احتمالان اهـ، وأظهرهما الثاني.

فروع: لو قال إن أو إذا قدم زيد فأنت طالق، وقصد منعه وهو ممن يبالي بحلفه فحلف، وإن قصد التعليق أو أطلق أو كان التعليق بفعل من لا يبالي بحلفه كالسلطان فتعليق، ولو تنازعا في طلوع الشمس فأنكره وادّعته، فقال إن طلعت: فأنت طالق فحلف، ولو قال الزوج: طلعت الشمس، فقـالت: لم تطلع، فقـال: إن لم تطلع فـأنت طالق طلقت في الحـال؛ لأن غـرضـه التحقيق فهو حلف، ولو قال للمدخول بها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم أعاده أربعاً وقع بالثانية طلقة؛ لأنه قد حلف وتنحل اليمين الأولى، وبالثـانية طلقـة بحكم اليمين الثانيـة وتنحل اليمين الثانية، وبالرابعة طلقة بحكم الثالث وتنحل الثانية (**ولـو قيل لـه استخباراً أطلقتهـا**) أي زوجتك (**فقال نعم**) أو نحوها مما يرادفها كأجـل وجير (**فـإقرار**) صـريح (**بـه**) أي الطلاق؛ لأن التقدير نعم طلقتها، فإن كان كاذباً فهي زوجته باطناً (**فإن قال أردت**) طلاقاً (**مـا ضياً وراجعت**) بعـده (**صدق بيمينـه**) في ذلك لاحتمـاله واحتـرز بقولـه: وراجعت عما إذا قـال أبنتها وجددت النكاح فإن حكمه كما مرّ، فيما لو قال: أنت طالق أمس وفسر بذلك (**وإن قيل**) له (**ذلـك**) القول المتقدم وهو أطلقت زوجتك (**التماساً لإنشاء فقـال نعم**) أو نحوهـا مما يـرادفها (**فصـريح**) في الإيقاع حالاً؛ لأن نعم ونحـوه قائم مقـام طلقتها المـراد لذكـره في السؤال (**وقيل**) هـو (**كنايـة**) يحتـاج لنية؛ لأن نعم ليست معـدودة من صرائح الطلاق، فـإن قيل: الأوّل مشكـل لحصرهم صرائح الطلاق في ثلاثـة، وبقولهم ان الكنـاية لا تصيـر صريحـاً بالتمـاس طلاق. أجيب بـأن

[فَصْلٌ]

عَلَّقَ بِـأَكْلِ رَغِيفٍ أَوْ رُمَّـانَةٍ فَبَقِيَ لُبَـابَةٌ أَوْ حَبَّـةٌ لَمْ يَقَعْ،

السؤال معاد في الجواب فكأنه قال: نعم طلقتها، ولهذا كان صريحاً في الإقرار هذا إذا اقتصر على نعم، فإن قال: نعم طلقت فهو صريح قطعاً، وإن اقتصر على طلقت فقيل هو كناية؛ لأن نعم تتعين للجواب، وقوله طلقت مستقلّ بنفسه فكأنه قال ابتدأ طلقت، واقتصر عليه، وهو لو قال ابتداء لم يقع عليه شيء وقيل كنعم، والأول أوجه: كما قاله شيخنا.

تنبيه: لو جهل حال السؤال فالظاهر أنه استخبار، كما قاله الزركشي.

فروع: لو قال شخص لآخر فعلت كذا فأنكر، فقال: إن كنت فعلت كذا فامرأتك طالق، فقال: نعم وكان قد فعله لم يقع الطلاق: كما في فتاوى القاضي وجعله البغوي استدعاء طلاق فيكون كما لو قيل له: طلقت امرأتك مستدعياً منه طلاقها فقال: نعم، والأوّل أوجه، ولو قيل: إن جاء زيد فامرأتك طالق، فقال: نعم لم يكن تعليقاً، ولو قيل له ألك زوجة، فقال: لا لم تطلق وإن نوى؛ لأن كذب محض، وهذا ما نقله أصل الرّوضة عن نصّ الإملاء، وقطع به كثير من الأصحاب. ثم ذكر تفقهاً ما حاصله أنه كناية على الأصح، وبه صرّح المصنف في تصحيحه، وأن لها تحليفه أنه لم يرد طلاقها، وعليه جرى الأصفوني والحجازي في اختصارهما كلام الرّوضة، والأوّل أوجه كما جرى عليه ابن المقري في رّوضه، ولو قيل له: أطلقت ثلاثاً، فقال: قد كان بعض ذلك فليس إقراراً بالطلاق لاحتمال جريان تعليق أو وعد أو مخاصمة تئول إليه، فلو فسر بشيء من ذلك قبل، ولو قال لزوجته: ما أنت لي بشيء كان لغواً لا يقع به طلاق وإن نوى، ولو قال: امرأتي طلقها زوجها ولم تتزوّج غيره طلقت.

(فصل)

في أنواع من التعليق، إذا (**علق**) طلاق زوجته (**بأكل رغيف أو رمانة**) عين كلاً منهما أم لا كأن أكلت هذا الرّغيف أو هذه الرّمانة فأنت طالق (**فبقي**) من ذلك بعد أكلها له (**لبابة**) من الرغيف تقع موقعاً كما قاله الإمام (**أو حبة**) من الرمانة (**لم يقع**) طلاق؛ لأنه يصدّق أنها لم تأكل الرغيفّ أو الرمانة وإن تسامح أهل العرف في إطلاق أكل الرغيفّ أو الرمانة في ذلك، أما اللبابة التي لا تقع موقعاً كفتات الخبز الذي يدق مدركه لا يظهر له أثر في برّ ولا حنث، ولهذا عبر في المحرّر بكسر، ومثل ذلك يأتي في الرمانة فيما إذا بقي بعض حبة وفي التمرة المعلق بأكلها إذا بقي قمعها أو شيء مما جرت العادة بتركه.

فروع: لو قال لها: إن أكلت أكثر من رغيف فأنت طالق حنث بأكلها رغيفاً وأدما، أو قال: إن أكلت اليوم إلا رغيفاً فأنت طالق فأكلت رغيفاً وفاكهة حنث، ولو قال لها: إن لبست قميصين فأنت طالق طلقت بلبسهما ولو متواليين، ولو قال لها نصف الليل مثلاً، إن بتّ عندك

وَلَوْ أَكَلَا تَمْراً وَخَلَطَا نَوَاهُمَا فَقَالَ إِنْ لَمْ تُمَيِّزِي نَوَاكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَجَعَلَتْ كُلَّ نَوَاةٍ وَحْدَهَا لَمْ يَقَعْ إِلَّا أَنْ يَقْصِدَ تَعْيِيناً، وَلَوْ كَانَ بِفَمِهَا تَمْرَةٌ فَعَلَّقَ بِبَلْعِهَا ثُمَّ بِرَمْيِهَا ثُمَّ بِإِمْسَاكِهَا فَبَادَرَتْ مَعَ فَرَاغِهِ بِأَكْلِ بَعْضٍ وَرَمْيِ بَعْضٍ لَمْ يَقَعْ،

فأنت طالق فبات عندها بقية الليل حنث للقرينة، وإن اقتضى المبيت أكثر الليل، ولو قال لها إن نمت على ثوب لك فأنت طالق فتوسد مخدّتها مثلاً لم يحنث كما لو وضع عليها يديه أو رجليه، ولو قال لها: إن قتلت زيداً غداً فأنت طالق فضربه اليوم ومات منه غداً لم يحنث؛ لأن القتل هو الفعل المفوّت للرّوح ولم يوجد، ولو قال لها: إن كان عندك نار فأنت طالق حنث بوجود السراج عندها، ولو قال لها: إن جعت يوماً في بيتي فأنت طالق فجاعت يوماً بصوم لم تطلق، بخلاف ما لو جاعت يوماً بلا صوم فإنها تطلق، ولو قال لها: إن لم يكن وجهك أحسن من القمر فأنت طالق لم تطلق وإن كانت زنجية لقوله تعالى: ﴿**لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ**﴾ [التين: ٤]،نعم إن أراد بالحسن الجمال وكانت قبيحة الشكل حنث كما قاله الأذرعي، ولو قال لها: إن قصدتك بالجماع فأنت طالق فقصدته هي فجامعها لم يحنث، فإن قال لها: إن قصدت جماعك فأنت طالق فقصدته فجامعها حنث (**ولو أكلا**) أي الزوجان (**تمراً**) مثلاً (**وخلطا نواهما، فقال**) الزوج لها فوراً أم لا (**إن لم تميزي نواك**) أي نوى ما أكلته عن نوى ما أكلته (**فأنت طالق، فجعلت كل نواة وحدها**) بحيث لا تجتمع مع أخرى (**لم يقع**) طلاق لأن بذلك يتميز نوى أحدهما (**إلا أن يقصد تعييناً**) لنواها عن نواه فلا يتخلص من اليمين بما فعلت بل يقع عليه الطلاق حينئذ كما صرّح به ابن الملقن، وقال الأذرعي: ويحتمل أن يكون من التعليق بالمستحيل عادة لتعذره، وفي الكافي: لو قال: إن لم تخبريني بنواي أو إن لم تشيري إلى نواي فأنت طالق، فالطريق في الخلاص أن تعدّ النوى عليه واحدة واحدة، وتقول في كل واحدة هذه نواتك (**ولو كان بفمها تمرة**) مثلاً (**فعلق**) طلاقها (**ببلعها ثم برميها ثم بإمساكها**) كقوله: إن بلعتها فأنت طالق، وإن رميتها فأنت طالق، وإن أمسكتها فأنت طالق (**فبادرت مع**) أي عقب (**فراغه**) من التعليق (**بأكل بعض**) منها (**ورمي بعض**) منها (**لم يقع**) طلاق؛ لأن أكل البعض ورمي البعض مغاير لهذه الثلاثة.

تنبيه: أشعر كلامه باشتراط الأمرين، وليس مراداً، بل الشرط المبادرة بأحدهما، وأشار بثمّ إلى اشتراط تأخير يمين الإمساك، فإن تقدّم أو توسط في الصورة المذكورة حنث، ولا حاجة لثمّ في يمين الرّمي فإنه يجوز تقديمها على يمين الابتلاع، وإنما المحتاج إليه في التخلص من الحنث المبادرة المذكورة؛ لأنها لو لم تبادر كانت ممسكة فيحصل الحنث، وأفهم كلامه الحنث بأكل جميعها، وهو يقتضي أن الابتلاع أكل، قال ابن النقيب: وهو واضح، لكن لم أر من ذكره، وقد ينازع فيه إذا ذكر التمرة في يمينه. فإن الأكل فيه مضغ يزيل اسم التمرة فلم تبلع تمرة، وأما عكسه، وهو قوله: إن أكلت فابتلعت، فالذي جرى عليه ابن المقري تبعاً

وَلَوْ اتَّهَمَهَا بِسَرِقَةٍ فَقَالَ إِنْ لَمْ تُصْدِقِينِي فَأَنْتِ طَالِقٌ فَقَالَتْ سَرَقْتُ مَا سَرَقْتُ لَمْ تُطَلَّقْ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ تُخْبِرِينِي بِعَدَدِ حَبِّ هٰذِهِ الرُّمَّانَةِ قَبْلَ كَسْرِهَا فَالخَلاصُ أَنْ تَذْكُرَ عَدَداً يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَنْقُصُ عَنْهُ ثُمَّ تَزِيدُ وَاحِداً وَاحِداً حَتَّى تَبْلُغَ مَا يُعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَزِيدُ عَلَيْهِ، وَالصُّورَتَانِ فِيمَنْ لَمْ يَقْصِدْ تَعْرِيفاً،

لأصله في هذا الباب أنه لو علق طلاقها بالأكل فابتلعت لم يحنث؛ لأنه يقال: ابتلع ولم يأكل، ووقع له كأصله في كتاب الأيمان عكس هذا. واختلف المتأخرون فمنهم من ضعف أحد الموضعين، ومنهم من جمع، وفرّق بأن الطلاق مبنيّ على اللغة، والبلع لا يسمى أكلاً، والأيمان مبناها على العرف، والبلع فيه يسمى أكلاً، وهذا أولى من تضعيف أحد الموضعين **(ولو)** علق طلاقها وهي على سلم بالصعود وبالنزول ثم بالمكث فوثبت أو انتقلت إلى سلم آخر، أو اضطجع السلم وهي عليه على الأرض، وتقوم من موضعها أو حملت وصعد بها الحامل أو نزل بغير أمرها فوراً في الجميع لم تطلق، أما لو حملت بأمرها فيحنث، نعم إن حملها بلا صعود ونزول بأن يكون واقفاً على الأرض أو نحوها فلا أثر لأمرها، وإن **(اتهمها)** أي زوجته **(بسرقة، فقال)** لها **(إن لم تصدقيني)** في أمر هذه السرقة **(فأنت طالق، فقالت)** له قولين: أحدهما، **(سرقت)** والآخر **(ما سرقت لم تطلق)** لأنها صادقة في أحد القولين **(ولو قال)** لها: **(إن لم تخبريني)** صادقة **(بعدد حبّ هذه الرمانة قبل كسرها)** فأنت طالق **(فالخلاص)** من اليمين **(أن تذكر)** له **(عدداً يعلم أنها)** أي الرمانة **(لا تنقص عنه)** كمائة **(ثم تزيد واحداً واحداً)** فتقول مائة وواحد واثنان وهكذا **(حتى تبلغ ما)** أي عدداً للرمانة **(يعلم أنها لا تزيد عليه)** أي انتهت إليه من عدد حبها فتكون مخبرة بعددها **(والصورتان)** هذه والتي قبلها **(فيمن لم يقصد تعريفاً)** فإن قصده لم تخلص من اليمين بما ذكرته. فإن قيل: الشق الأوّل يشكل بما قالوا من أن الخبر يعمّ الصدق والكذب والسارّ وغيره، فقد قالوا: لو قال لنسائه من أخبرتني منكنّ بقدوم زيد فهي طالق، فأخبرته امرأته وهي كاذبة أو بعد عمله به من غيرهن طلقت، أجيب بأن للرّمانة ونحوها عدداً خاصاً وقد علق به، فإذا أخبرته بعدد حبها كاذبة لم تخبر به بخلاف قدوم زيد فيصدق بالخبر الكاذب، وأما البشارة فإنها تختص بالخبر الأوّل السارّ الصدق قبل الشعور، فإذا قال لنسائه: من بشرتني منكن بكذا فهي طالق فأخبرته امرأته بذلك ثانياً بعد إخبار غيرها أو كان غير سارّ بأن كان بسوء أو وهي كاذبة أو بعد علمه به من غيرهنّ لم **تطلق** لعدم وجود الصفة، نعم محلّ اعتبار كونه ساراً إذا أطلق، كقوله: من بشرتني بخبر أو أمر عن زيد، فإن قيد كقوله: من بشرتني بقدوم زيد فهي طالق اكتفى بصدق الخبر، وإن كان كارهاً كما قاله الماوردي، ولو قال لزوجته: إن لم تعدّي جوز هذه الشجرة اليوم فأنت طالق فقيل يتخلص من الحنث بأن تفعل ما ذكر آنفاً، وقيل: يجب أن تبتدىء من الواحد وتزيد حتى تنتهي إلى العلم بما ذكر، وهذا هو الظاهر؛ لأنها إذا لم تبدأ بالواحد لم تعدّ جوزها.

فروع: لو سقط حجر من علو، فقال لزوجته: إن لم تخبريني الساعة من رماه فأنت

وَلَوْ قَالَ لِثَلاثٍ :مَنْ لَمْ تُخْبِرْنِي بِعَدَدِ رَكَعَاتِ فَرَائِضِ الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ فَقَالَتْ وَاحِدَةٌ سَبْعَ عَشَرَةَ،وَأُخْرَى خَمْسَ عَشَرَةَ :أَيْ يَوْمَ جُمُعَةٍ،وَثَالِثَةٌ إِحْدَى عَشَرَةَ :أَيْ لِمُسَافِرٍ لَمْ يَقَعْ،

طالق ولم يرد تعييناً، فقالت: مخلوق لا آدميّ لم يحنث لأنها صادقة بالإخبار، ولم يتخلص من الحنث بقولها رماه آدميّ لجواز أن يكون رماه كلب أو ريح أو نحو ذلك؛ لأن سبب الحنث وجد وشككنا في المانع، وشبه بما لو قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد اليوم، فمضى اليوم ولم تعرف مشيئته، ولو قال لها: إن لم أقل كما تقولين فأنت طالق، فقالت له أنت طالق ثلاثاً، فخلاصه من الحنث أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله أو أنت طالق ثلاثاً من وثاق، أو أنت قلت أنت طالق ثلاثاً، ولو علق طلاقها وهي في ماء جار بالخروج منه، وباللبث بأن قال لها: إن خرجت منه فأنت طالق وإن لبثت فيه فأنت طالق لم تطلق خرجت أو لبثت لأنه بجريانه يفارقها، فإن قال لها ذلك وهي في ماء راكد، فخلاصه من الحنث أن تحمل منه فوراً، ولو قال لها: إن أرقت ماء هذا الكوز فأنت طالق، وإن شربته أنت أو غيرك فأنت طالق، ثم إن تركته فأنت طالق فبلت به خرقة وضعتها فيه أو بلتها ببعضه أو شربت هي أو غيرها بعضه لم تطلق، ولو قال لها: إن خالفت أمري فأنت طالق فخالفت نهيه كأن قال لها: لا تقومي فقامت لم تطلق كما جزم به ابن المقري في روضه؛ لأنها خالفت نهيه دون أمره. قال في أصل الروضة: وفيه نظر بسبب العرف، ولو قال لها: إن خالفت نهيي فأنت طالق فخالفت أمره، كأن قال: قومي فرقدت طلقت كما جزم به ابن المقري في روضة أيضاً، لأن الأمر بالشيء نهي عن ضدّه. قال في أصل الروضة وهذا فاسد، إذ ليس الأمر بالشيء نهياً عن ضدّه فيما يختاره، وإن كان: أي نهياً عن ضدّه. فاليمين لا تبنى عليه، بل على اللغة والعرف، ولو قال لها: زنيت فأنكرت، فقال: إن كنت زنيت فأنت طالق طلقت حالاً بإقراره السابق، ولو قيل لزانٍ: زنيت، فقال: من زنى فزوجته طالق لم تطلق زوجته إن قصد ذمّ الزاني لا إيقاع الطلاق **(ولو قال لثلاث)** من زوجاته **(من لم تخبرني)** منكنّ **(بعدد ركعات فرائض اليوم والليلة)** فهي طالق **(فقالت واحدة)** منهنّ عدد ركعات فرائضها **(سبع عشرة)** ركعة بناء على الغالب **(و)**قالت **(أخرى)** أي ثانية منهن **(خمس عشرة: أي يوم جمعة، و)**قالت **(ثالثة)** منهن **(إحدى عشرة: أي لمسافر لم يقع)** على واحدة منهن طلاق لصدق الكلّ، نعم إن أراد أحد هذه الأيام عيناً فالحلف على ما أراده.

فروع: لو قال: لزوجته: إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق فأذن لها وهي لا تعلم أو كانت مجنونة أو صغيرة فخرجت لم تطلق؛ لأن إن لا تقتضي التكرار، فصار كما لو قال: إن خرجت مرّة بغير إذني فأنت طالق، وهذا بخلاف ما لو قال إن خرجت لابسة ثوب حرير فأنت طالق فخرجت من غير ثوب حرير ثم خرجت لابسة ثوب حرير فإنها تطلق، والفرق أن خروجها بلا ثوب حرير

وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَى حِينٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ بَعْدَ حِينٍ طُلِّقَتْ بِمُضِيِّ لَحْظَةٍ،

لم تنحلّ به اليمين لعدم الصفة فحنث في الثاني بخلاف هذه، ولو أذن ثم رجع فخرجت بعد المنع لم يحنث لحصول الإذن، وإن قال الشيخ أبو نصر فيه نظر، ولو قال: كلما خرجت إلا بإذني فأنت طالق فأيّ مرّة خرجت بغير الأذن طلقت؛ لأن كلما تقتضي التكرار كما مرّ، وخلاصه من ذلك أن يقول لها: أذنت لك أن تخرجي متى شئت أو كلما شئت،ولو قال لها: إن خرجت لغير الحمام فأنت طالق فخرجت إليه ثم عدلت لغيره لم تطلق؛ لأنها لم تخرج إلى غيره، بخلاف ما لو خرجت لغيره ثم عدلت إليه، ولو خرجت لهما فوجهان: أحدهما، وصححه في الرّوضة هنا :أنها تطلق ؛لأنها خرجت لغير الحمام كما لو قال لها: إن كلمت زيداً وعمراً، والثاني أنها لا تطلق كما في المهمات، وهوالمعروف المنصوص. وقد قال في الرّوضة في الأيمان: الصواب الجزم به، وعلله الرّافعي بأن المفهوم من اللفظ المذكور الخروج لمقصود أجنبيّ عن الحمام، وهذا الحمام مقصود بالخروج، وقد حاول شيخنا بين ما هنا وما في الأيمان بأن ما هناك محمول على ما إذا قصد بحلفه الخروج لغير الحمام فقط، وما هنا على ما إذا لم يقصد بحلفه شيئاً فيصدق حينئذٍ على الخروج لهما أنه خروج لغير الحمام؛ لأن الخروج لهما خروج لغير الحمام، وهذا أولى من التناقض، ولو حلف لا يخرج من البلد إلا مع امرأته فخرجا لكنه تقدّم عليها بخطوات، أو حلف لا يضر بها إلا بموجب فشتمته فضربها بسوط مثلاً لم تطلق للعرف في الأولى، ولضربه لها بموجب في الثانية، إذ المراد فيها بالموجب ما تستحق الضرب عليه تأديباً، ولو حلف لا يأكل من مال زيد فأضافه أو نثر مأكولاً فالتقطه أو خلطا زاديهما لم يحنث؛ لأن الضيف يملك الطعام قبيل الازدراد، والملتقط يملك الملقوط بالأخذ، فالخلط في معنى المعاوضة، ولو حلف لا يدخل دار زيد ما دام فيها فانتقل منها وعاد إليها ثم دخلها الحالف وهو فيها لم يحنث لانقطاع الديمومة بالانتقال منها؛ نعم إن أراد كونه فيها فينبغي أن يحنث قاله الأذرعي، ولو قال لها إن لم تخرجي الليلة من داري فأنت طالق ثلاثاً فخالعها بنفسها أو أجنبيّ في الليل وإن تمكنت قبله من الخروج ثم جدّد نكاحها أو لم يجدّده وإن لم تخرج لم تطلق؛ قال الرّافعي: لأن الليل كله محل اليمين ولم يمض الليل كله وهي زوجة له، وقد تقدّم أن ابن الرفعة أفتى بأنه لا يتخلص بذلك فيما لو حلف لأفعلن كذا في مدّة كذا بعد أن أفتى بخلافه وقال: تبين لي أنه خطأ، وردّ عليه البلقيني، وقال: إن الصواب ما أفتى به أوّلاً، وهو ظاهر كلام الأصحاب فليكن هو المفتي به **(ولو قال)** لها **(أنت طالق إلى حين أو)** إلى **(زمان)** أي بعد كل منهما فإلى في كلامه بمعنى بعد **(أو بعد حين)** أو زمان **(طلقت بمضيّ لحظة)** لأن ذلك يقع على المدّة الطويلة والقصيرة. قال تعالى: ﴿**حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ**﴾ [الروم: ١٧] وقال تعالى: ﴿**هَلْ أَتَى عَلَى الإِنْسَانِ حِينٌ مِنَ الدَّهْرِ**﴾ [الإنسان: ١] قيل: أراد تسعة أشهر، وقيل: أربعين سنة، وقيل: مائة وعشرين سنة، وقيل:

وَلَوْ عَلَّقَ بِـرُؤْيَةِ زَيْدٍ أَوْ لَمْسِهِ وَقَذْفِهِ تَنَاوَلَهُ حَيًّا وَمَيْتاً،

ستمائة سنة، وهي التي بين عيسى وبين نبينا ﷺ. فإن قيل لو قال: والله لأقضينك حقك إلى حين لم يحنث يُمْضِيٍّ لحظةٍ فهلا كان هنا كذلك؟ أجيب بأن الطلاق إنشاء، ولأقضينّ وعد فيرجع فيه إليه.

تنبيه: العصر والدهر، وهو الزمن كما قاله الجوهري، والوقت والآن، والحقب بفتح القاف كالزمان والحين فيما مرّ كما قاله الأصحاب وإن استبعده الإمام الغزالي. أما الحقب بضمّ القاف فهو ثمانون سنة.

فروع: لو حلف لا صمت زماناً حنث بالشروع في الصوم كما لو حلف لا صمت، ولو حلف ليصومنّ أزمنة كفاه صوم يوم لاشتماله على أزمنة، ولو حلف ليصومنّ الأيام كفاه ثلاثة منها، ولو قال لزوجته: إن كان الله يعذب الموحدين فأنت طالق لم تطلق إلا أن يريد إن كان يعذب أحداً منهم، ولو اتهمته زوجته باللواط فحلف لا يأتي حراماً حنث بكل محرّم، ولو قال: إن خرجت من الدار فأنت طالق ثم قال: ولا تخرجين من الصفة أيضاً لغا الأخير، لأنه كلام مبتدأ ليس فيه صيغة تعليق ولا عطف، ولو قال لها: أنت طالق في البحر، أو في مكة، أو في الظلّ، أو نحو ذلك مما لا ينتظر طلقت في الحال إن لم يقصد التعليق **(ولو علق)** الطلاق **(برؤية زيد)** مثلاً كأن رأيته فأنت طالق **(أو لمسه وقذفه)** كأن لمسته أو قذفته فأنت طالق **(تناوله)** التعليق **(حياً وميتاً)** فيحنث برؤية الميت، ومس بشرته، لصدق الاسم في الميت كما في الحيّ، ولهذا يحد قاذفه، وينتقض وضوء ماسه، وخرج بالبشرة مسه بحائل، ومس شعره وظفره وسنه، ويكفي في الرؤية رؤية شيء من بدنه ولو غير وجهه، ولو رأته وهي سكرى أو وهو سكران، ولو كان المرئيّ في ماء صاف وزجاج وشفاف لا خيال فيهما طلقت لوجود الوصف، بخلاف ما لو رأته وهي نائمة، أو مترز بثوب، أو ماء كدر، أو زجاج كثيف أو نحوه، أو برؤيتها خياله في المرآة. نعم لو علق برؤيتها وجهها فرأته في المرآة طلقت إذ لا يمكنها رؤيته إلا كذلك صرّح به القاضي في فتاويه فيما لو علق برؤيته وجهه، ويعتبر مع ما ذكر صدق رؤية كله عرفاً، فقد قال المتولي بعد ذكره ما مرّ: أما لو أخرج يده أو رجله من كوّة فرأت ذلك العضو منه لم تطلق، لأن الاسم لا يصدق عليه، فإن كانت عمياء وأيس من برئها عادة كمن تراكم على عينيها البياض[. . .] أو عارياً، أو ولدت عمياء فتعليق بمستحيل، ولو علق برؤيتها الهلال حمل على العلم به، ولو برؤية غيرها له، أو بتمام العدد فتطلق بذلك، لأن العرف يحمل ذلك على العلم وعليه حمل خبر ﴿صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ﴾ بخلاف رؤية زيد مثلاً، فقد يكون الغرض زجرها عن رؤيته، وعلى اعتبار العلم يشترط الثبوت عند الحاكم كما في الخبر السابق، أو تصديق الزوج كما قاله ابن الصباغ وغيره، ولو أخبره به صبيّ أو عبد أو امرأة أو فاسق وصدقه فالظاهر كما قال الأذرعي مؤاخذته، ولو قال: أردت بالرؤية المعاينة صدّق بيمينه. نعم إن كان التعليق برؤية عمياء فلا

بِخِلَافِ ضَرْبِهِ،

يصدّق؛ لأنه خلاف الظاهر لكن يدين، فإذا قبلنا التفسير بالمعاينة ومضى ثلاث ليال ولم تر فيها الهلال من أوّل شهر تستقبله انحلت يمينه؛ لأنه لا يسمى بعدها هلالاً (**بخلاف ضربه**) إذا علق الطلاق به، كأن ضربت زيداً فأنت طالق فضربته وهو ميت لانتفاء الألم، أو هو حيّ طلقت بضربه بسوط أو وكز أو نحو ذلك إن آلم المضروب كما في الروضة ولو مع حائل، بخلاف ما إذا لم يؤلمه، أو عضه، أو قطع شعره، أو نحو ذلك فإنه لا يسمى ضرباً، فإن قيل: قد صرّحوا في الأيمان بعدم اشتراط الإيلام فكان ينبغي أن يكون هنا كذلك. أجيب بأن الأيمان مبناها على العرف، ويقال في العرف ضربه فلم يؤلمه.

فروع: لو علق بتكليمها زيداً فكلمته وهو مجنون أو سكران سكراً يسمع معه ويتكلم، وكذا إن كلمته وهي سكرى لا السكر الطافح لوجود الصفة ممن يكلم غيره ويكلم هو عادة، فإن كلمته في نوم أو إغماء منه أو منها، أو كلمته وهي مجنونة، أو كلمته بهمس، وهو خفض الصوت بالكلام بحيث لا يسمعه المخاطب، أو نادته من مكان لا يسمع منه، فإن فهمه بقرينة، أو حملته ريح إليه وسمع لم تطلق، لأن ذلك لا يسمى كلاماً عادة، وإن كلمته بحيث يسمع لكنه لا يسمع لذهول منه، أو لشغل، أو لغط، ولو كان لا يفيد معه الإصغاء طلقت لأنها كلمته، وعدم السماع لعارض، وإن كان أصمّ فكلمته فلم يسمع لصمم بحيث لو لم يكن أصمّ لسمع فقيل: يقع؛ لأنها كلمته بحيث يسمع وإن تعذر السماع لأمر به فأشبه شغل قلبه، وصحح هذا الرافعي في الشرح الصغير وجزم به في أصل الروضة في كتاب الجمعة، ونقله المتولي ثمّ عن النص. وقال الزركشي: تتعين الفتوى به، وقيل: لا تطلق؛ لأنها لم تكلمه عادة فهو في حقه كالهمس، وبهذا صرّح المصنف في تصحيحه وجرى عليه ابن المقري في روضه، هذا والأوجه كما قال شيخنا حمل الأوّل على من يسمع مع رفع الصوت. والثاني: على من لم يسمع مع رفعه وهذا أولى من تضعيف أحد الوجهين، ولو قال: إن كلمت نائماً أو غائباً عن البلد مثلاً فأنت طالق، لم تطلق لأنه تعليق بمستحيل، كما لو قال: إن كلمت ميتاً أو حماراً، ولو قال: إن كلمت زيداً فأنت طالق فكلمت حائطاً مثلاً وهو يسمع فوجهان أصحهما أنها لا تطلق؛ لأنها لم تكلمه. والثاني: تطلق، لأنه المقصود بالكلام دون الحائط، ولو قال: إن كلمت رجلاً فأنت طالق فكلمت أباها أو غيره من محارمها أو زوجها طلقت لوجود الصفة، فإن قال قصدت منعها من مكالمة الرجال الأجانب قبل منه؛ لأنه الظاهر، ولو قال: إن كلمت زيداً أو عمراً فأنت طالق طلقت بتكليم أحدهما، وانحلت اليمين، فلا يقع بتكليم الآخر شيء، أو إن كلمت زيداً وعمراً فأنت طالق لم تطلق إلا بكلامهما معاً أو مرتباً أو إن كلمت زيداً ثم عمراً أو زيداً فعمراً اشترط تكليم زيد أوّلاً وتكليم عمرو بعده متراخياً في الأولى وعقب كلام زيد في الثانية.

تنبيه: الأصحاب إلا الإمام والغزالي يميلون في التعليق إلى تقديم الوضع اللغوي على العرف الغالب؛ لأن العرف لا يكاد ينضبط كما مرّ في إن لم تميزي نواي من نواك، فإن معناه

وَلَوْ خَاطَبَتْهُ بِمَكْرُوهٍ كَيَا سَفِيهُ يَا خَسِيسُ فَقَالَ إِنْ كُنْتُ كَذَاكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ إِنْ أَرَادَ مُكافَأَتَهَا بِإِسْمَاعِ مَا تَكْرَهُ طُلِّقَتْ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَفَهٌ، أَوِ التَّعْلِيقَ اعْتُبِرَتِ الصِّفَةُ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَقْصِدْ فِي الْأَصَحِّ، وَالسَّفَهُ مُنَافِي إِطْلَاقِ التَّصَرُّفِ، وَالخَسِيسُ قِيلَ مَنْ بَاعَ دِينَهُ بِدُنْيَاهُ، وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ: هُوَ مَنْ يَتَعَاطَى غَيْرَ لَائِقٍ بِهِ بُخْلاً.

الوضعي التفريق، ومعناه العرفي التعيين، هذا إن اضطراب العرف، فإن اطرد عمل به لقوّة دلالته حينئذٍ، وعلى الناظر التأمّل والاجتهاد فيما يستفتي فيه، نقله الرافعي عن الغزالي وأقرّه، ولا يختص بقول الغزالي بل يأتي على قول غيره، ومنه ما يأتي في الخسيس على قول المصنف: ويشبه إلخ. ثم شرع في بيان أوصاف تجري في مخاصمة الزوجين ويعلق عليها الطلاق فقال: **(ولو خاطبته)** زوجته **(بمكروه)** من القول **(كيا سفيه يا خسيس، فقال)** لها **(إن كنت كذاك)** أي سفيهاً أو خسيساً **(فأنت طالق إن أراد)** بذلك **(مكافأتها بإسماع ما تكره)** أي إغاظتها بالطلاق كما أغاظته بالشتم المكروه، والمعنى إن كنت كذلك في زعمك فأنت طالق **(طلقت)** حالاً **(وإن لم يكن سفه)** أو خسة **(أو)** أراد **(التعليق اعتبرت الصفة)** كما هو سبيل التعليقات، فإن لم تكن موجودة لم تطلق **(وكذا)** تعتبر الصفة **(إن)** أطلق بأن **(لم يقصد)** شيئاً **(في الأصح)** نظراً لوضع اللفظ فلا تطلق عند عدمها. والثاني: لا تعتبر الصفة حملاً على المكافأة اعتباراً بالعرف، وهذا هو الخلاف في أنه يراعي الوضع أو العرف **(والسفه)** المعلق به كما هو في المحرّر **(منافي إطلاق التصرّف)** فهو صفة لا يكون الشخص معها مطلق التصرّف، وقد مرّ ذلك في بابه. قال الأذرعي: والعرف في زمننا جار بأنه ذو اللسان الفاحش المواجه بما يستحيي منه غالب الناس، فالوجه الحمل عليه لا سيما في العامي الذي لا يعرف السفه من غيره، وقد تدل قرينة على إرادة ذلك بأن خاطبها بما فيه فحش من القول فخاطبته بذلك مشيرة إلى ما صدر منه اهـ، والمتجه أن السفيه يرجع فيه إلى ما قاله المصنف لا إلى ما قاله الأذرعي إلا إن ادّعاه وكان هناك قرينة. وأما العاصي فيرجع فيه إلى ما قاله وإن لم توجد قرينة **(والخسيس. قيل)** أي قال العبادي: معناه أنه **(من باع دينه بدنياه)** أي ترك دينه لاشتغاله بدنياه. قال: وأخسّ الأخساء من باع آخرته بدنيا غيره، وقال الرافعي تفقهاً من نفسه نظراً للعرف **(ويشبه أن يقال)** في معنى الخسيس **(هو من يتعاطى غير لائق به بخلاً)** بما يليق به، بخلاف من يتعاطاه تواضعاً، والقوّاد من يجمع بين الرجال والنساء جمعاً حراماً وإن كنّ غير أهله. قال ابن الرفعة: وكذا من يجمع بينهم وبين المرد، والقرطبان من يسكت على الزاني بامرأته، وفي معناه محارمه ونحوهنّ، والديوث بالمثلثة من لا يمنع الداخل على زوجته من الدخول. قال الأذرعي: ويشبه أن محارمه وإماءه كزوجته للعرف. وقليل الحمية من لا يغار على أهله ومحارمه ونحوهنّ، والقلاش الذواق للطعام كمن يريد أن يشتري ولا يريد الشراء، والبخيل

مانع الزكاة ومن لا يقري الضيف، فكل منهما بخيل، ومن قيل له يا زوج القحبة فقال: إن كانت زوجتي كذا فهي طالق طلقت إن قصد التخلص من عارها، كما لو قصد المكافأة، وإلا اعتبرت الصفة. والقحبة هي البغي، والجهودوري من قام به الذلة أو الخساسة، وقيل: من قام به صفرة الوجه، فعلى الأوّل إذا علق الطلاق به المسلم لم تطلق، لأنه لا يوصف بها، فإن قصد المكافأة بها طلقت في الحال، والكوسج من قلّ شعر وجهه وعدم شعر عارضيه، والأحمق من يفعل الشيء في غير موضعه مع علمه بقبحه، وقيل: من لا ينتفع بعقله، وقيل: من يعمل ما يضرّه مع علمه بقبحه، والغوغاء من يخالط الأراذل ويخاصم الناس بلا حاجة، والسفلة من يعتاد دنيء الأفعال لا نادراً، فإذا وصفت زوجها بشيء من ذلك فقال لها إن كنت كذلك فأنت طالق، فإن قصد مكافأتها طلقت في الحال وإلا اعتبر وجود الصفة، ولو قالت له: كم تحرّك لحيتك فقد رأيت مثلها كثيراً، فقال لها: إن كنت رأيت مثلها كثيراً فأنت طالق، فهذه اللفظة في مثل هذا المقام كناية عن الرجولية والفتوّة ونحوها، وإن حمل اللفظ على المكافأة طلقت، وإلا اعتبرت وجود الصفة ولو قالت له: أنا أستنكف منك، فقال كل امرأة تستنكف مني فهي طالق فظاهره المكافأة فتطلق حالاً إن لم يقصد التعليق.

فروع: لو قالت لزوجها المسلم: أنت من أهل النار، فقال لها: إن كنت من أهل النار فأنت طالق لم تطلق؛ لأنه من أهل الجنة ظاهراً، فإن ارتدّ ومات مرتدّاً بان وقوع الطلاق، فإن قالت ذلك لزوجها الكافر فقال لها ذلك طلقت لأنه من أهل النار ظاهراً، فإن أسلم بأن عدم الطلاق، فإن قصد الزوج في الصورتين المكافأة طلقت في الحال، ولو قال المسلم إن لم أكن من أهل الجنة فأنت طالق لم تطلق إن مات مسلماً وإن أذنب، وإلا تبين وقوعه، ولو حلف شافعي وحنفي كل منهما أن إمامه أفضل من الآخر لم يحنث تشبيهاً بمسألة الغراب، ولأن كلا من الإمامين قد يعلم ما لا يعلمه الآخر، ولو حلف سنيّ أن أبا بكر أفضل من عليّ، وعكس الرافضي حنث لقيام الأدلة على أفضلية أبي بكر، ولو حلف السني أن الخير والشر من الله تعالى، وحلف المعتزلي أنهما من العبد حنث لقيام الأدلة أنهما من الله، وسئل بعضهم عن الحنبلي يقول: إن لم يكن الله على العرش فامرأتي طالق، وعكس الأشعري. فقال: إن أراد الحنبلي المعنى الذي ورد به القرآن لم تطلق امرأته.

خاتمة: لو قال لزوجته إن أبرأتني من دينك فأنت طالق فأبرأت براءة صحيحة وقع الطلاق بائناً بخلاف ما لو قال لغيرها إن أبرأتني من دينك فزوجتي طالق فأبرأته براءة صحيحة وقع الطلاق رجعياً؛ لأنه تعليق محض، ولو قال لزوجته: إن فعلت معصية فأنت طالق لم تطلق بترك الطاعة كالصوم والصلاة؛ لأنه ترك وليس بفعل، ولو وطىء زوجته ظاناً أنها أمته، فقال: إن لم تكوني أحلى من زوجتي فأنت طالق في أحد وجهين يظهر ترجيحه تبعاً لميل الأسنوي له لوجود الصفة لأنها هي الزوجة فلا تكون أحلى من نفسها، والوجه الثاني أنها لا تطلق لظنه أنه يخاطب غيرها، ولو قال: إن وطئت أمتي بغير إذن زوجتي فهي طالق فاستأذنها فقالت له: طأها في عينها لم يكن إذناً. قال الأذرعي: إلا أن دلّ الحال على الإذن في الوطء كان إذناً وقولها في

عينها يكون توسعاً له في الإذن لا تخصصاً، ولو قال لزوجته: إن دخلت البيت ووجدت فيه شيئاً من متاعك ولم أكسره على رأسك فأنت طالق فوجد في البيت هاوناً لم تطلق كما جزم به الخوارزمي ورجحه الزركشي للاستحالة، وقيل تطلق قبل موته لليأس، ولو قال لها: إن غسلت ثوبي فأنت طالق فغسله غيرها ثم غمسته هي في الماء تنظيفاً له لم تطلق؛ لأن الغرض في مثل ذلك الغسل بالصابون ونحوه كالأشنان وإزالة الوسخ، ولو قال لها: إن قبلت ضرّتك فأنت طالق فقبلها ميتة لم تطلق بخلاف تعليقه بتقبيل أمه، فإنها تطلق بتقبيلها ميتة إذ قبلة الزوجة قبلة شهوة ولا شهوة بعد الموت، والأم لا فرق فيها بين الموت والحياة؛ لأن قبلتها قبلة شفقة وكرامة، أكرمنا الله سبحانه وتعالى وجميع أهلنا ومشايخنا وأصحابنا بالنظر إلى وجهه الكريم.

تم الجزء الرابع ويليه
الجزء الخامس وأوله
كتاب الرجعة

فهرس الجزء الرابع
من
مغني المحتاج



الفهـــرس

كتاب الفرائض

كتاب الوصايا

كتاب الوديعة

كتاب قسم الفيء والغنيمة

كتاب قسم الصدقات

كتاب النكاح

كتاب الصداق

كتاب القسم

كتاب الخلع

كتاب الطلاق